
論 説

立法の不作為をめぐる 司法消極主義と積極主義 (三)

中 谷 実

一 はじめに

二 消極主義のアプローチ

《消極主義 I》

- (一) 「確認/法律上の争訟でないゆえ、不適法として却下」アプローチ
- (二) 「確認/無名抗告訴訟としての要件を欠くゆえ、不適法として却下」
アプローチ
- (三) 「確認/事情判決の法理は適用できないゆえ、不適法として却下」
アプローチ
- (四) 「確認/確認の利益を欠くゆえ、不適法として却下」アプローチ

(以上、30 卷 3・4 号)

《消極主義 II》

α タイプ

- (一) 「国賠/法律 (国民年金法) 判断」アプローチ

β タイプ

- (一) 「国賠/法律 (国賠法) 判断」アプローチ

(以上、32 卷 2 号)

《消極主義 III》

- (一) 「国賠/非区別論・合理性あり」アプローチ
- (二) 「国賠/非区別論・不合理であることが明白でない」アプローチ
- (三) 「国賠/非区別論・違憲の客観的明白性、相当期間の経過、処分的
性格」アプローチ
- (四) 「国賠/区別論・一義的文言に反しない (立法政策・立法裁量)」
アプローチ

(以上、本号)

二 消極主義のアプローチ〔承前〕

《消極主義 III》

(一) 「国賠/非区別論・合理性あり」アプローチ

A 概 要

これは、立法内容の違憲性の問題と立法行為の国賠法上の違法性の問題を区別することなく（以下、非区別論と呼ぶ）、法律内容に合理性があるとし、立法行為の不作为の違憲を争う原告の主張は、その前提を欠く、として斥けるアプローチである。このアプローチは、戦争（国内）関係の援護法をめぐる昭和 50 年代後半の判決において見られる。一部、不作为救済（作為義務肯定）にコミットする面もある。

B 裁判例

(1) S-55.8.29〈援(民)/賠〉名古屋地判昭和 55 年 8 月 29 日¹⁾（判時 1006 号 86 頁，②→S-58.7.7〈援(民)/賠〉名古屋高判，③→S-62.6.26〈援(民)/賠〉最 2 判）は、原告の立法不作为の主張——援護法が戦争犠牲者のうち旧軍人軍属のみを民間被災者と区別して援護することは、憲法 14 条 1 項，11 条，13 条に違反し、民間被災者らに対し援護法と同様な補償措置を立法上講じない——について、「憲法 14 条 1 項は、国民に対し絶対的平等を保障したのではなく、差別すべき合理的な理由なくして差別することを禁止している」とした上で、援護法の立法趣旨は、文官に対する恩給制度との均衡及び公務上の災害に対する国の使用者としての立場からの補償であると捉え、「国の被用者に対する使用者責任類似の国家補償の見地及び文官恩給制度との均衡を理由とする旧軍人軍属に対する援護が一応合理的と認められる以上、援護法が同法の適用対象者を旧軍人軍属に限定し、戦争犠牲者のうちで特に旧軍人軍属の

みを、民間被災者と区別して援護することについても合理的理由が存在する」という。そして、「法的には、いかなる補償措置を講じていくかについては、なお、国の立法府たる国会の裁量の範囲に属するのであって、援護法制定が右裁量の範囲を逸脱し、又は、不合理な理由による差別立法であると認められない以上、同法が日本国憲法 14 条 1 項に違反する旨の原告らの主張はとり得ない。又、同様の趣旨により援護法が憲法 11 条、13 条に反するものと解することはできない」ゆえ、「本訴請求はその前提を欠き、結局被告国の機関たる国会、国会議員、内閣総理大臣及び国務大臣が援護法を改廃しない行為及び同法と同等な補償を民間被災者に与えることを内容とする法律を発案しない行為又は制定しない行為は、何ら違法な職務行為を構成しない」「から、国家賠償の成立の余地はない」として棄却する。

(2) S-58.7.7〈援(民)/賠〉名古屋高判(判時 1086 号 111 頁, ①→S-55.8.29〈援(民)/賠〉名古屋地判, ③→S-62.6.26〈援(民)/賠〉最 2 判)は、原告らに対し援護法と同様の補償措置を立法上講じない立法不作为の主張について、まず、「戦争犠牲者の人的損害を補償し、あるいはその救済のためどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量に委ねられ、それが著しく合理性を欠き、明らかに裁量の範囲を逸脱し濫用にあたりと見ざるを得ないような場合を除き、裁判所が審査判断するに適しない事柄」だとし、援護法の公務員災害補償的な性格に言及しつつ、「国との間の特別の関係に基づき公務またはこれに準ずる軍事関連業務に従事する者が、これに起因する傷病により不具廃疾となり、死亡するに至った場合等において、その人的災害に対し、国が使用者としての立場からその損害を補償し、あるいは救済のための立法措置を講ずることは立法府の裁量の範囲に属し、援護法の立法によりその適用を受ける旧軍人、軍属等と一般民間被災者との間に、戦争による損害の補償、救済に関しその取扱いに差異を生ずることになるとしても」、「援護法の法的性格に照らすと右差異は事柄の性質に即応した合理的理由による」という。かくして、「援護法の立法により違憲状態を生じていることを前提として国会が援護法を改廃するか、あるいは同等の援護法等の立法行為をし

ないことをもって不作為による違法行為を構成するとする控訴人らの主張はその前提を欠き」、「援護法の立法又は適用が、憲法 14 条, 11 条, 13 条, 15 条, 17 条に違反し、ひいては国会が援護法と同様な補償措置を立法上講じないことが違法であり、右違法行為につき国会、国会議員、歴代内閣総理大臣及び国務大臣につき故意又は重大な過失の存することを理由に国家賠償法に基づく損害の賠償を求める本訴請求はその余の点について判断するまでもなくその理由がない」として棄却する。

C このアプローチを支える思想

(1) 不作為救済（作為義務肯定他）へのコミット

(a) 戦争（国内）関係

(ア) 国家補償の精神に基づき、国が広範囲に援護の措置を講じていくことが望まれる

S-55.8.29〈援(民)/賠〉名古屋地判は、「戦後 30 年以上を経た今日においても、十分な補償を受け得ず、今なお戦争による傷跡に苦しみつつ日々の生活を送っている民間被災者が存在することは原告らの弁論の全趣旨に徴して容易にこれを窺い知ることができるのであって、これらの人々に対し、国が国家補償の精神に基づきできるだけ広範囲にわたって援護の措置を講じていくことが望まれる」という。

(2) 不作為非救済（作為義務否定他）へのコミット

(a) 戦争（国内）関係

(ア) 戦争は国の存否にかかわる非常事態

S-58.7.7〈援(民)/賠〉名古屋高判は、「戦争は国の存否にかかわる非常事態であって国民のすべてがその生命、身体、財産について犠牲を堪え忍ぶことが要求され、その犠牲は戦争犠牲又は戦争損害として国民が等しく受忍しなければならなかったもの」という。

- (イ) 援護法の立法趣旨は、文官に対する恩給制度との均衡及び公務上の災害に対する国の使用者としての立場からの補償

S-55.8.29〈援(民)/賠〉名古屋地判は、援護法の立法趣旨について、「国権の発動たる戦争によって傷害等を負った戦争犠牲者に対する国家補償の見地から制定されたものであり、かつ同法には社会保障の精神も加味されていることは疑いないが、同法の立法趣旨は、第一義的には戦争で傷害等を負った者に対する一般的な国家補償あるいは社会保障という面に存するのではなく、旧軍人軍属の傷害等が、国が同人らに対して命じた戦争という公務に従事中に負ったものであれば、右傷害等を公務上の災害によるものととらえ、国がその公務遂行を命じた以上は、その公務が戦争という非難を免れ得ないものであったとしても、国が使用者としての立場から使用者責任類似の補償をなすべきであるとの点並びに戦時中公務員として勤務していた文官に対する恩給制度が戦後も存続していたことと、旧軍人に対する恩給制度が廃止又は停止されていたことの不均衡を是正するという点にある」という。S-58.7.7〈援(民)/賠〉名古屋高判は、援護法の公務員災害補償的な性格のみに言及する。

(3) 司法哲学

S-55.8.29〈援(民)/賠〉名古屋地判、S-58.7.7〈援(民)/賠〉名古屋高判とも、積極的な司法観とはいえないが、前者において、国が広範囲に援護の措置を講じていくことが望まれると述べられている点が注目される。

D このアプローチをめぐって

(1) 戦争(国内)関係

S-55.8.29〈援(民)/賠〉名古屋地判、S-58.7.7〈援(民)/賠〉名古屋高判についてコメントは、特に見られない。

注

- 1) 太平洋戦争当時の昭和20年3月から6月にかけて、米軍の名古屋市地域に対する

空襲により負傷した原告らが、戦争下において被った傷害は旧軍人軍属と民間人において何ら異なるところはないのに、昭和27年制定された『戦傷病者戦没者遺族等援護法』は、民間被災者を適用の対象外として一時金、年金を支給せず、民間被災者を差別し、憲法14条1項、13条、11条に違反するとし、国会議員は援護法の立案、審議、表決等全過程を通じて、憲法違反という重大な結果を生ぜしめてはならないという高度な注意義務を負っているにもかかわらず、故意又は重大な過失により明らかに憲法に反する立法をなし、少なくとも昭和51年以降においては、国会議員は、民間被災者に対する援護法を立案し制定する職責があり、その職責に反する立法の不作为は、国会議員としての違法な職務行為を構成し、故意又は重大な過失が存したとして、立法の不作为ならびに歴代内閣総理大臣及び国務大臣が何らの法律案の発案もしなかった不作为に対し国家賠償を求めるとともに、民法723条により「被告国は原告らに対し衷心より深くお詫びする」旨の謝罪を求めた。原告らは、昭和48年7月に参議院社会労働委員会において、「戦時災害援護法(案)」が議員によって発議提出され、50年2月ころには、衆議院議員が民間戦災傷害者に対する「特別援護の措置」について、政府、議長に質問趣意書を提出するなどし、政府や国会に違憲状態解消のための民間被災者のための援護法制定をはたらきかけたにもかかわらず、右趣旨の法案を成立させず、逆に、旧軍人軍属に対する支給額を増額するように援護法の改正を重ねてきたと主張する。

(二) 「国賠/非区別論・不合理であることが明白でない」アプローチ

A 概 要

これは、立法措置、予算措置等を講じていないのは憲法、法律に反する作為義務違反であるとの原告の主張を、非区別論を前提に、当該施策は国会、内閣の広汎な裁量に委ねられており、現状は、不合理であることが明白でない、として斥けるアプローチである。このアプローチは、高校の学費をめぐる昭和50年中葉の判決において見られる。不作为救済(作為義務肯定)にかなりコミットする面もある。

B 裁判例

- (1) S-55.5.14〈高/賠〉大阪地判昭和55年5月14日¹⁾(判時972号79頁, ②)

→ S-59.11.29 〈高/賠〉大阪高判) は、国会、内閣の憲法 26 条、教育基本法に定める法的作為義務違反をいう原告の主張について、「高校教育に対する社会的要求が著しく増大しているにもかかわらず現行の私立高校の入学金、授業料が甚だ高額であることが認められるけれども」、「高校教育にかかる教育諸条件の整備について、国会、内閣の有する裁量権の範囲が極めて広いことに鑑みると」、「国会、内閣が、被告国や大阪府が現に行なっている」「諸施策のほか、これ以上に立法措置、予算措置等を講じていないことが右裁量権の範囲をこえ又はこれを濫用するものである（すなわち違憲である）とまでは認められない」、教基法 3 条にいう教育の機会均等の「実質的平等を図るためにある施策を講ずる場合、被告国が国民全体を対象とする施策のみならず、国民の一部の者のみを対象とした施策を採用することも可能であって、それは憲法自身も予定している」が、「いかなる程度の施策とするか、いかなる範囲の者を対象とするか、異なる複数の施策を併用するか否か等は、当該施策の趣旨、目的、被告国の財政状況をふまえた国会、内閣の広汎な裁量に委ねられているのであって、かような裁量権の行使がその範囲をこえ又は濫用にあたるとして違法となるのは、施策の対象者の限定が恣意に基づく等不合理であることが明白な場合でなければならない」という。そして、「公立高校生の入学者選抜方法に不合理な差別の認められない本件においては、被告国が公立高校を設置し低額な費用で国民の利用に供する施策をとることが私立高校生に対する学費軽減額よりも多額の学費軽減を公立高校生にもたらす結果になるとはいえ、国会、内閣が高校入学希望者数に見合う公立高校を設置するための施策をとらず、しかも私立高校の学費を公立高校のそれと同額にする施策をとっていないことをもって、それが恣意に基づく等教育の機会均等に反することの明白な場合にあたるとはいえない」とし、棄却する。

C このアプローチを支える思想

(1) 不作為救済（作為義務肯定他）へのコミット

(a) 教育関係

(ア) 国、内閣は教育諸条件整備義務を負う

S-55.5.14〈高/賠〉大阪地判は、「国民は、1 個の人間として、自己の能力を発達させ、人格を完成させるために必要な学習をする生来の権利を有する。教育を受け学習することは、国民各自の成長、発達のために不可欠であるのみならず、日本国憲法のめざす民主的で文化的な国家の主権者として民主政治的能力を身につけ拡充していくために、さらには高度に発達した現代社会において人間の生存の基礎をなす労働の意欲と能力を習得するためにも不可欠である」、「そして、単に学習の自由が保障されただけでは、国民とりわけ経済的弱者の教育を受ける権利が現実には充足されないことが認識されるに至り、教育を受ける権利は国家に対し積極的に教育諸条件の整備を要求する社会的基本権に高められ、これに対応し、被告国は、国民の教育を受ける権利が経済的条件等によって阻害されることなく、現実には保障されるように、教育に関する諸施設を設置し、奨学金制度を創設、拡充する等教育諸条件を整備する義務を負うに至った（憲法 26 条、教基法 3 条、10 条 2 項、11 条）」、「教育諸条件の整備を行うためには多額の予算を必要とすることは明らかであるけれども、予算は、その法的性格については争いがあるとはいえず、最高法規である憲法の下位に位置するものであって、憲法が義務づけている施策の実施のために必要な予算措置をとることは、憲法によって義務づけられている」という。

(2) 不作為非救済（作為義務否定他）へのコミット

(a) 教育関係

(ア) 憲法は、高校教育にかかる教育諸条件の整備について、国会、内閣に極めて広汎な裁量を許している

S-55.5.14〈高/賠〉大阪地判は、「憲法 26 条は、無償制の義務教育制度の

設置はこれを明確に義務づけているけれども（2項）、義務制とされない段階における教育諸条件の整備の内容については明確に規定しておらず（教基法2条の規定もいまだこれを具体的に定めているとはいえない。）、抽象的に規定するにとどまっており、その具体的内容は、その時代の文化、社会の発展の程度、教育に対する社会の関心、熱意その他の諸状況によって変動するものであり、また変わり高められていくことが予定されているものであって、その変遷の程度は自由的基本権のそれと較べてはるかに大である」、[しかも、教育を受ける権利は、原則として国家の不作为を要求する自由的基本権と異なり、国民全体又は国民のかんりの部分を対象として国家の積極的関与を要求する性格上、これを実現するためには莫大な額の予算を必要とするのであって、他の諸施策との間における予算の配分、必要な場合には新たな財源の確保等他の諸政策との調和を図りつつ、総合的かつ長期的展望に立った国会や内閣の政治的、専門的裁量が不可避である]という。

(3) 司法哲学

S-55.5.14〈高/賠〉大阪地判は、国会、内閣の裁量を重視し、訴えを棄却したが、「国会又は内閣が右裁量権の範囲をこえ又はこれを濫用して右各措置を講じなかった場合は、国会又は内閣の右不作为又は施策の不充分さは、作為義務に違反するものとして違憲違法になる」、「立法措置をしないことの不利益から国民を救済するために直接的方法である立法不作为の違法確認訴訟等を認めることは、憲法81条の解釈上かなりの困難を伴うけれども、憲法自身が右直接的司法救済の方法を規定していないことを理由に、憲法26条が、不作为を違法として国家賠償請求をする際の前提要件である作為義務（法的義務）の根拠となることまでをも否定することはできない」、「教育を受ける権利が社会的基本権だからといって、不作为が違憲であることが明白な場合にまで司法的救済の方法を閉ざすとの解釈は、いかに三権分立制を強調したとしても採用しえない」としており、かなり積極的な司法観も窺える。

D このアプローチをめぐって

(1) 教育関係

S-55.5.14〈高/賠〉大阪地判は、国、内閣の教育諸条件整備義務にコミットしながらも、最終的には、訴えを斥けた。この点、「教育を受ける権利さらには社会権一般の法的性格、違憲審査基準、裁判上の救済方法の問題を解明する上にも重要な意味を有する」、「本判決は、憲法 26 条の教育を受ける権利一般について明確に裁判規範としての効力を認めた最初の裁判例として重要な意義を有している」、本判決は、「国家賠償請求訴訟において憲法 26 条が、国家賠償請求の前提要件である作為義務（法的義務）の根拠になりうることを肯定し」、「立法の不作为が明白な場合に司法的救済を認めても 3 権分立制に反しないもの」「と判示して、教育を受ける権利について、立法の不作为の違憲性を国家賠償請求訴訟で争うことを認めている。従来の裁判例が選挙権について認めていたものを、本判決は、社会権の 1 つである教育を受ける権利に認めたところに意義がある」²⁾という評価がある。

注

- 1) 私立高校に通学する子女の親達が、その負担する学費が公立高校と比べて大きな差があることにつき、高校進学希望者数に見合う公立高校数の絶対的不足、諸外国の動向等に言及しつつ、「現在社会においては、国民が社会生活を市民としてふさわしく送るための基礎的学力や知識は、高校教育を修了するのではなくては習得することが困難であり、高校教育が『すべての国民が人間的に成長、発展し自己の人格を完成し平和な国家及び社会の形成者として自主的精神に充ちた国民となるに必要な教育』の中に含まれていることは、社会の共通認識となっている」との認識のもとに、公立高校との学費の較差は、国会または内閣の不作为ゆえであるとし、国に対し国賠法 1 条 1 項により、公立高校の学費との差額の賠償を求めた。原告は、憲法 26 条は具体的な法的権利を規定した具体的な裁判規範であって、社会的基本権の実現に要する予算は政治的裁量事項ではなく、憲法によって拘束され、国会の裁量には合理的限界があるという。教育基本法違反も主張する。被告国は、国会又は内閣が憲法 26 条、教基法の趣旨、目的にそった立法措置や予算措置を講じるべきか否かは、直接国家統治の基本に関する高度の政治性を有する国家行為であって、司法審査権の範囲外であり、不作为が違法とされるためには、作為をなすべき法的義務がなければならないが、憲法 26 条の規定は、教育の機会均等を保障すべき国会や内

閣の政治的責務を定めているにすぎず、「教育を受ける権利」や「普通教育」も、それ自体抽象的概念であるうえ、その時代の文化・社会の発展の程度、教育に対する国民の関心・熱意、知識・教養の社会的必要性等によって変化するものであって、憲法の条文解釈によってこれらの具体的内容を一義的に定めうるものではないと反論する。

2) 中村睦男・判評 265 号 175～177 頁 (1981)。

(三) 「国賠/非区別論・違憲の客観的明白性、相当期間の経過、処分的性格」アプローチ

A 概 要

これは、原告の立法不作为の主張に対し、非区別論を前提に、問題となっている法律の規定が憲法に違背していることが客観的に明白な状態になり、国会が改正のための相当期間を経過しても漫然とこれを放置し、立法自体が直接国民の権利義務に変動を及ぼす処分的性格を有するときには、国会の立法不作为は、立法についての裁量権の範囲を著しく逸脱した違憲、違法なものとなるという枠組みを設定し、原告主張の案件は、この場合に該当しないとして主張を斥けるアプローチである。このアプローチは、議員定数をめぐる昭和 50 年代はじめの判決と高校の学費をめぐる昭和 50 年代末の判決において見られる。前者では、不作为救済（作為義務肯定）へのかなりのコミットが見られる。

B 裁判例

(1) S-52.8.8〈選(定数)/賠〉東京地判昭和 52 年 8 日 8 日¹⁾(判時 859 号 3 頁)は、公務員個人に対する賠償請求に関する、被告らの本案前の主張——原告らと被告らとの間には具体的法律関係について紛争が生じていないから、裁判所法 3 条 1 項にいう「法律上の争訟」にはあたらない——について、「原告らが侵害を受けたと主張する選挙権（その投票価値の平等性）は国民の有する基本的権利のうち最も重要なものの 1 つであって、これに対し

国権による侵害があった場合にはできうる限りその是正救済が図られるべきものであるところ、本件において問題とされている議員定数配分規定は、右規定の制定（改正を含む。）自体をもって、即ちこれが実施のための行政行為等を俟つことなく、直ちに衆議院選挙における選挙区制、議員定数等を確定することを通じて、各選挙人の投票価値の平等性の如何を決定する効果を有するのであるから、右配分規定なる法律は、各国民の選挙権と直接の法的かわりを有する」として、「法律上の争訟性」を肯定し、また、国会議員の免責特権の主張も斥ける。しかし、「公務員の職務上の行為（不作為を含む。）につき、国家賠償法により国などに損害の賠償を求めうる場合には、当該公務員個人に対しては右賠償を求めえない」として棄却とする。被告国に対する請求については、「国民の選挙権の如き重要な権利に関し、違憲の法律によって現に右権利が侵害されており、しかも右違憲であることの蓋然性が何びとも顕著であるときに、内閣（代表者内閣総理大臣）ないし国会議員が右法律の改正法律案を発案しないまま徒過したような場合には、それはもはや政治的ないし道義的責任にとどまらず、右の不作為をもって違法な行為を構成する」という。そして、較差が2倍を超えるときは違憲となるという原告らの主張について、「ある議員定数配分規定が違憲となるか否かは、右のみをもって容易に決することはできず、投票価値の平等性は実質的・合理的にこれを決すべきものであるから」、「最大較差が人口数を基準として3.71倍、有権者数を基準として3.34倍であるときには、なお広く諸般の事情を総合勘案しなければ、たやすく右をもって本件配分規定を違憲とは即断しえず、更に右配分規定が」「本件総選挙の前年に改正せられたばかりのものであって、これが再改正のために通常考えられる合理的期間を未だ経過していないことをも合わせ考えると、本件議員定数配分規定をもって、その違憲とせられることの蓋然性が何びとも顕著であるとは、未だ認められない」とし、「本件総選挙に際し、被告三木らにおいて右配分規定改正のための法律案を発案しなかったからといって、その不作為をもって、直ちに原告らに対する違法行為を構成するものとはいえず」、「原告らの被告国に対

する請求もまた、その余の争点を判断するまでもなく、理由なきに帰着する」として、棄却する。

(2) S-59.11.29〈高/賠〉大阪高判昭和59年11月29日(判タ541号132頁, ①→55.5.14〈高/賠〉大阪地判)は、「国会の立法不作為による国家賠償請求事件においても、三権分立の原則及び抽象的違憲審査が認められていないことに鑑み、国会が憲法上課せられた立法義務を懈怠したというだけでは、裁判所は国会の立法不作為の合憲か違憲かの判断をすることは許されず、右のほか、さらに当該立法不作為が国会の裁量権の逸脱によるものであって、違憲であることの蓋然性が何人にも顕著であるときに立法のために通常考えられる合理的期間を徒過したこと及び立法自体が直接国民の権利義務に変動を及ぼす処分的性格を有する等立法不作為と損害との間に具体的な関連性を有することの条件を具備することを要する」とし、原審同様、原告の不作為の主張を棄却する。

C このアプローチを支える思想

(1) 不作為救済(作為義務肯定他)へのコミット

(a) 選挙権関係

(ア) 議員定数配分規定は処分的性格を有し、即時にかつ直接的に一定の法的効果を及ぼす

S-52.8.8〈選(定数)/賠〉東京地判は、最大判昭和51年4月14日を援用して、「現行憲法は、国民の基本的権利につき個々の権利を確認宣言しているが、そのなかでも、国民の参政権、就中国會議員の選挙権が、その最も重要なものの1つである」、「右選挙権については、その投票価値の実質的に平等なることは、単に立法政策上配慮すべき事項にとどまらず、実に憲法上の要請と解すべきもの」とし、国会議員「選挙における選挙区割の決定、議員定数の配分等を通じ、結局各選挙人の投票価値の平等性の如何を決する効果を有する本件議員定数配分規定は」、「同法律の公布・施行をもって直ちに右の点を確定する処分的性格を有する法律であって、その放置は、たとえば尊属

殺の重罰を定めた刑法 200 条等の放置とは異なり、国民の選挙権に関しその投票価値の平等という憲法上の要請に対し、即時にかつ直接的に一定の法的効果を及ぼすものである」という。

- (イ) 議員定数配分規定は、改正法律案を発案すべき一種の法的義務を生ぜしめる実定法上の根拠となりうる

S-52.8.8〈選(定数)/賠〉東京地判は、公職選挙法別表第 1 の末尾の規定——「本表は、この法律施行の日から 5 年ごとに、直近に行われた国勢調査の結果によって、更生するのを例とする」——は、「本来総選挙における投票価値の合理的配分を実現することをもってその主たる目的としているのであって、しかも右の投票価値についてその実質的平等性が憲法上の要請にまで高められたことに思いを致せば、右更正実施のための種々の事実上の隘路を考慮に入れてもなお、右規定の」「性質を考えると、右の規定は、議員定数配分規定が一定の違憲状態となったときには、内閣総理大臣ないし国会議員など法律案の発案権を有する者に対し、右違憲状態を改めてこれを合憲ならしめるため、必ずしも右規定上の 5 年の期間等に囚われることなく、議員定数配分規定の改正法律案を発案すべき一種の法的義務を生ぜしめる実定法上の根拠となりうる」という。

- (2) 不作為非救済（作為義務否定他）へのコミット

- (a) 選挙権関係

- (ア) 法律案の発案は政治的な行為であり、通常は、内閣総理大臣ないし国会議員が国民に対し直接民事上の法的責任等を負うことは考えられない

S-52.8.8〈選(定数)/賠〉東京地判は、「一般に法律案の発案は政治的な行為であり、殊に議員定数配分規定の改正の如きは高度に政治的な分野に属する問題である」、「本来、政治的ないし行政的判断に属する行為であり、少くともそれは自由裁量に親しむ行為であ」って、「従って、通常、ある立法行為をなさざること又はある立法行為をなしたことをもって、内閣総理大臣ない

し国会議員につき、政治的ないし道義的責任の生じうるは格別、民・刑事上の法的責任はこれを生じないものというべく、ただ右の結果たる一定の立法が、裁判所により違憲無効と判断されることがあるにとどまる」、「国民の選挙権ないしその投票価値の実質的平等の重要性、議員定数配分規定の処分的性格と、国務大臣、国会議員等の憲法擁護義務ないし国政上の基本的権利尊重義務、議員定数配分規定の改正規定の法意等を彼我総合すると、通常は、内閣総理大臣ないし国会議員が法律案の発案自体について国民に対し直接民事上の法的責任等を負うことは考えられない」という。

(3) 司法哲学

S-52.8.8〈選(定数)/賠〉東京地判, S-59.11.29〈高/賠〉大阪高判とも、違憲であることの蓋然性が何人にも顕著でない、合理的期間を未だ経過していないとし、消極的な司法観を窺わせる。もっとも、前者は、法律案の発案は、「国民の有する諸権利のうち最も重要とせられる権利について、直接その権利の存否、内容ないし行使等を確定する効果をもつ種類の法律に関し、仮に何びとがみても顕著な違憲の状態が生じているにもかかわらず、国務大臣、就中内閣総理大臣や、国会議員が漫然これを放置し、そのため国民の右重要な権利が現に侵害されているような事態が生じたとした場合、かかる場合においてもなお、右大臣、議員らは一切の法的な責任を負わず、国民は、その政治的責任等を追求するほか、法的には、ある訴訟事件を通じて（しかも通常は数年の後に）裁判による右法律の違憲判断を得るほかなしとするのは、わが憲法及びそのもとに形成されている現行法秩序からみて、果して当を得たものというのであろうか」と述べ、かなり積極的な司法観を内在させている。他方、後者は、「違憲立法による国家賠償請求と異なり、立法不作为による国家賠償請求においては、立法するかどうか、また、いかなる時期において立法するかは国会の高度の政治的判断に左右されることが多く、裁判所が軽々に口を出すことは差し控えるべきであって、違憲の状態であるからといって、直ちに立法不作为の違憲があるとはいえない」とより消極

的な司法観を表明する。

D このアプローチをめぐって

(1) 選挙権関係

S-52.8.8〈選(定数)/賠〉東京地判は、結論的に請求を斥けたが、配分規定の処分的性格を肯定し法律上の争訟とした。この点、51年大法廷判決における岸反対意見——「配分規定は、いわゆる一般処分に近似した性格、機能をもつものとみられないこともない」——が「本判決にも影響を与えた」ことが指摘され、「定数配分規定の処分的性格を認めた初めての裁判所の判断として意義あるもの」、「本判決において初めて、このような問題についても国家賠償が認められる余地があることが明らかにされ」、その「可能性を認めた点で、本判決は重要な意味をもつ」²⁾という評価、「選挙権の基本権としての重要性を強調した上で、配分規定が国民の右権利に直接的、即時的かつ具体的に一定の法的効果を及ぼすという点で一般処分たる性格をもつ、としており、説得的」³⁾という評価のほか、51年大法廷判決「によって外堀は埋められ、本判決によって立法の不作为が国家賠償になじむことが判示されることによって内堀も埋められはじめた。法律の争訟性、立法の不作为の違法性を判示しながらも投票価値の平等の判断において消極的であった本判決も、長い眼でみるときは平等権の歴史において貴重な里程標として評価される」とするコメント⁴⁾がある。

他方、配分規定の処分的性格を肯定した点について、この「見解に立つと、少なくとも当該選挙区の選挙人となり得る者は、現実の選挙の施行をまつことなく、誰でも、配分規定の改正が漫然放置され一定の違憲状態を生じているとして国家賠償法に基づく損害賠償請求訴訟を提起することができることになり」、「かくては、裁判所に抽象的な違憲立法審査権を認めるのと実質的に同様の結果となる」との批判⁵⁾がある。

注

- 1) 昭和51年12月5日施行の衆議院議員総選挙に際し、千葉県第4区で選挙権を行

使した日本国民である原告らは、公職選挙法 13 条、別表第 1、同法附則 7 項ないし 11 項は、違憲無効であったとし（昭和 50 年 10 月 1 日現在の人口数を基準とした場合、各選挙区の議員 1 人あたりの人口数の比率は、兵庫県第 5 区を 1 とすると千葉県第 4 区は 3.71、有権者数を基準とすると 3.34 倍）、選挙施行以前の第 77 通常国会及び第 78 臨時国会の各会期中、国会議員でありかつ各政党の代表者たる地位にあった者（被告三木武夫は同時に内閣総理大臣の地位にあった）及び国に対し、故意又は重過失により違憲法律を改正しなかった不作为について国家賠償を求めた。

- 2) 野中俊彦・ジュリ臨増 666 号 23 頁 (1978)。同コメントは、「学説上は 1 対 2 程度のところに不均衡許容の限界を見出すものが多いが、判旨は 1 対 3.71 の不均衡が認められても『なお広く諸般の事情を総合勘案しなければならないこと』、『再改正のために通常考えられる合理的期間を未だ経過していないこと』を考え合わせると、それはいまだ先に挙げた違法構成の要件を充たさないとしている。ここで判旨は自ら本件の不均衡を違憲でないと判断した上で右の要件を充たさないとしているのか、あるいはその点をはっきりさせなくてもいずれにせよ右の要件を充たさないとしているのか」「定かでない。どちらにせよ最高裁の違憲判決をうけた定数配分規定が改正されずに放置されるような場合にはおそらく右の要件が充足されることになり、事情判決の処理を奇貨とする立法府の怠慢を牽制する意味をもつことはまず疑いない」という。24 頁。
- 3) 小林武・南山 2 巻 2 号 186 頁 (1978)。同コメントは、「判旨の結論には賛成できないが、立法の不作为を理由とする損害賠償請求の成立の一般的な可能性を提示した論述に注目したい」という。185 頁。
- 4) 山本浩三・判評 225 号 133 頁 (1977)。
- 5) 鈴木芳夫・ひろば 31 巻 1 号 79 頁 (1978)。本コメントは、さらに、国会議員の免責特権との関係、具体的な損害の発生という観点からも本判決を批判する。79～80 頁。

(四) 「国賠/区別論・一義的文言に反しない (立法政策・立法裁量)」アプローチ

A 概 要

これは、立法の不作为を争う原告の主張に対し、立法内容の違憲性の評価と立法行為の国賠法上の違法性の評価との区別から出発し、立法不作为が国賠法上違法になるのは、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うような例外的な場合であって、原

告主張の案件は例外的な場合に該当しない、として斥けるアプローチである。このアプローチは、立法内容の違憲性と立法行為の国賠法上の違法性とを区別することから、通常、憲法判断は行っていないと解されている¹⁾。筆者も、そのことを意識しつつも、たとえ立法内容の違憲性と立法行為の国賠法上の違法性の評価の次元が同一でないとしても、例外的な場合に該当するかというレベルにおいては憲法判断がなされていること、また、立法する可否かは、立法政策・立法裁量であるという判断も付加されていることに注目し、本稿では、憲法判断に入ったアプローチとして類別する（本アプローチのバリエーションとして、幾つかのアプローチが見られるが、別に取り上げたい）。このアプローチは、昭和60年の在宅最高裁判決からはじまったが、後述のバリエーションまで含めると、ほとんどの分野の判決において最近に至るまで用いられている。一部、不作為救済（作為義務肯定）へのコミットも見られるが、不作為非救済（作為義務否定）へのコミットは強い。なお、詳しい記述がなく、在宅最高裁判決をストレートに援用し、又は、同判決に言及することなく、一義的文言に反しないとする判決は、ここで扱う。

B 裁判例

(1) S-60.11.21〈選(宅)/賠〉最1判昭和60年11月21日²⁾（民集39巻7号151頁、①→S-49.12.9〈選(宅)/賠〉札幌地小樽支判³⁾、②→S-53.5.24〈選(宅)/賠〉札幌高判）は、在宅投票制を復活しない不作為を争う上告人の主張に対し、「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別に国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定する」、「したがって、国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が」、国家賠償法1条1項の「適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容の違憲の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会

議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない」,「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであって、その性質上法規制の対象になじまず、特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から、あるべき立法行為を指定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的には許されない」⁴⁾とする。そして、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない」とし、議員定数不均衡に関する最大判昭和39年2月5日、最大判昭和51年4月14日を援用し、憲法47条は、「投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨である」、「そうすると、在宅投票制度を廃止しその後」「これを復活しなかった本件立法行為」が、「前示の例外的場合に当たると解すべき余地はなく、結局、本件立法行為は国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない」とし、上告を棄却する。

(2) S-62.6.26〈援(民)/賠〉最2判昭和62年6月26日(判時1262号100頁、①→S-55.8.29〈援(民)/賠〉名古屋地判、②→S-58.7.7〈援(民)/賠〉名古屋高判)は、援護法を改正して一般民間人被災者に含めることをしない「国会ないし国会議員の立法不作为につき」、最大判43年11月27日⁵⁾(以下、43年判決と呼ぶ)を援用し、「その補償のために適宜の立法措置を講ずるか否かの判断は国会の裁量的権限に委ねられる」とし、在宅最高裁判決にいう「例外的場合に当たると解すべき余地はな」い、とし上告を斥ける⁶⁾。

(3) H-11.8.30〈婦(韓)/賠〉東京高判平成11年8月30日⁷⁾(判時1704号54頁)は、不法行為に基づく原状回復、損害賠償及び公式謝罪の各義務の存在確認請求に係る訴えを却下し、その他の請求を棄却した原判決は正当とする。そして、国会議員が賠償立法を怠った立法不作为への公式謝罪と損害賠

償について、在宅最高裁判決を援用し、「憲法前文その他の規定のどれ1つを取り上げても、右立法の作為義務を一義的に定めた規定であるとは解することはできない」、「また、それらの条項を総合的に解釈してみても、立法義務が一義的に定められていると解することは到底できない」とし、棄却する。

(4) H-11.10.28〈選(在外)/賠〉東京地判平成11年10月28日⁸⁾(判時1705号50頁、②→H-12.11.8〈選(在外)/賠〉東京高判、③→H-17.9.14〈選(在外)/賠〉最大判)は、原告の違法確認請求を却下し(二《消極主義I》(→B(1)参照)、国会が平成8年10月20日に行われた衆議院議員選挙までに公職選挙法の規定を改正して在外日本人である原告らの選挙権の行使を可能にしなかった立法上の不作為の主張について、在宅最高裁判決を援用し、「憲法又はB規約の一義的な文言に違反するものでないことは明らかである」、「右の立法の不作為をもって、国家賠償法1条1項の適用上、違法と評価すべき例外的な場合に当たると認めることはできない」とし、棄却する。

(5) H-12.11.8〈選(在外)/賠〉東京高判平成12年11月8日(判タ1088号133頁、①→H-11.10.28〈選(在外)/賠〉東京地判、③→H-17.9.14〈選(在外)/賠〉最大判)は、公職選挙法を改正しない国会議員の立法不作為の主張について、在宅最高裁判決を援用した原判決を正当とするほか、「(1)平成10年法律第47号による公職選挙法の1部改正によって衆議院議員及び参議院議員の選挙を対象にして在外日本人の選挙権の行使に関する在外選挙制度が創設され、当分の間は衆議院又は参議院の比例代表選出議員の選挙に限られてはいるものの、平成11年5月1日から在外選挙人名簿への登録が、平成12年5月1日以降実施される衆議院議員総選挙又は参議院議員通常選挙から在外投票が、それぞれ実施されることとなっていること、(2)控訴人らが国内に住所を有せず住民登録をしていないことは、自己の選択の結果であって、日時の経過により変わり得るものであり、このような国内に住所を有せず住民登録もないという状態の継続している期間中、右状態に対応した選挙権行使の面における取扱いの区別がされることは、生来の人種、性別、門地や、信

条, 身分, 財産等により不合理な差別がされることとは, 大きく性質の異なる」「ことも考え合わせると, 国会が, 公職選挙法を改正して在外日本人について国政選挙における選挙権の行使を行わせるための特別な措置を設けることをせず, あるいは右措置を設けたものの, 衆議院小選挙区選出議員選挙及び参議院選挙区選出議員選挙において選挙権を行使できるようにする措置を設けなかったことが」「例外的な場合に該当しないことは, 明らか」とし, 控訴を棄却する。「憲法は, 選挙を公正かつ能率的に執行するために国民の選挙権行使に必要な制約を加えることも含め, 選挙に関する事項の具体的決定を, 憲法上正当な理由となり得ないことが明らかな人種, 信条, 性別等による差別を除き, 原則として立法府である国会の裁量にゆだねており, 選挙権の具体的な行使の態様, 条件等は公職選挙法の定めるところ」ともいう。

(6) H-13.8.23〈浮/賠〉京都地判平成13年8月23日⁹⁾(判時1772号121頁, ②→H-15.5.30〈浮/賠〉大阪高判)は, 公式陳謝請求については「請求の趣旨の特定を欠く」ゆえ不適法として却下し, 安全配慮義務違反に基づく損害賠償責任については肯認し, 道義的国家たるべき義務に基づく損害賠償責任, 明治憲法27条(ないし憲法29条の類推適用)に基づく損失補償責任を否定し, 遺骨返還請求も斥ける。人権侵害について救済する法が欠けているという立法不作为の主張については, 在宅最高裁判決を援用し, 「浮島丸に乗船し, 被害にあった者は, 本件法律関係に基づく安全に釜山又は近辺の港まで運送する義務の違反を理由として, その被った損害の賠償を求めることができ, 乗船者の遺族であっても, その相続人は」「乗船者の損害賠償請求権を相続することができ, その範囲で, 本件爆沈による被害に対する救済の道は開かれている。そして, 憲法の前文及び原告らの援用するいずれの規定を見ても, 上記の救済以上に乗船者の遺族」「の固有の精神的苦痛を賠償ないし補償する立法をしないことが, 憲法の一義的な文言に違反するとはいえないことは, 多言を要しない」とし, 棄却する。

(7) H-14.3.28〈徴(韓)/賠〉東京高判平成14年3月28日¹⁰⁾(訟月49巻12

号 3041 頁，①→H-8.11.22〈徴(韓)/賠〉東京地判)は，不法行為に基づく損害賠償・謝罪請求，明治憲法 27 条に基づく損失補償請求，安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求，国際法違反に基づく損害賠償・謝罪請求を斥ける。そして，憲法上の作為義務に違背した立法不作為の主張については，「日本国憲法前文やその他の規定によっても，被控訴人に対し戦後補償を行うべき立法義務が課せられているものということとはできない。戦後補償について，いつ，いかなる立法をすべきか，あるいは立法しないかの判断は国会の裁量に属するものというべきであり，国民全体に対し政治的責任を負う国会議員各自の判断に基づき，議員の自由な討論によって決定されるべき事項というべきである」とする。内閣の不作為に基づく損害賠償請求も斥け，原判決を維持し棄却する。

(8) H-14.10.15〈婦(台)/賠〉東京地判平成 14 年 10 月 15 日¹¹⁾(判タ 1162 号 154 頁)は，国際法に基づく請求，民法上の不法行為に基づく請求を棄却する。被害者慰安婦の救済立法をしない不作為の主張については，在宅最高裁判決を援用し，「憲法の前文及び各条項において，原告らの主張するような，被害者に対する救済立法をなすべき義務が憲法上一義的に定められていると解することはできない」，「また，国際法上の国家責任の解除の方法として，被害補償立法を行うことも 1 つの手段であるということとはできるが，国家責任の解除の方法は多様であることからすれば，憲法の各条項の解釈によっても，一義的に被害救済に関する補償立法を行うべき作為義務があるともいえないし，そもそも，国際法上の国家責任解除の義務は，加害国が被害を受けた個人の属する国家に対して負う義務であることに照らせば，公務員が個人に対して負担する職務上の義務に違反する行為を前提とする国家賠償法が適用される余地はないとも考えられる」とし，「当該立法不作為をもって，国家賠償法上の違法があるとはいえない」という。内閣の不作為，責任者不処罰による賠償請求も斥け，公式の謝罪要求は不適法として却下する¹²⁾。

(9) H-15.2.10〈選(神経)/賠〉大阪地判平成 15 年 2 月 10 日¹³⁾(判時 1821 号 49 頁，②→不明，③→H-18.7.13 最 1 判)は，昭和 49 年改正法による改正とい

う立法行為——投票所に行くことができない者のうち身体障害者手帳を有する者等にのみ郵便による投票を認めるという現行の在宅投票制度を法制化した——の違憲性ないし違法性の主張について、「少なくとも原告に対する関係で、何ら違法性を有するものではなく、現行の在宅投票制度下においては選挙権を行使することができないとする原告にあっては、むしろ端的に本件立法不作為の違法性を問題にすれば足りる」という¹⁴⁾。そして、国会が、昭和49年改正法制定以降、在宅投票制度の対象を拡大することなく放置した立法不作為については、在宅最高裁判決を援用し、「一般的・抽象的に、国会が在宅投票制度を拡充する方向での立法をなすことが期待されるとしても、昭和27年に廃止された在宅投票制度のもとで医師の証明段階での不正などが多発したことがきっかけで在宅投票制度が廃止されたという経緯からして、その対象者について、どのような要件の下にどの範囲の者まで在宅投票制度の利用を認めるのか、対象者に該当することの証明方法はどうか、どのような仕組みでどのような時期からこれを実施するのかなどの具体的決定は、国会の裁量にゆだねられていると解すべきであり、原告主張のような在宅投票制度を設けること以外に立法の選択が許されていないとまではいえない。現に」、「各国の立法例をみても、投票所に行くことができない者の選挙権行使の機会をどのように保障するかについては、それぞれの国情に応じた多様なものであり、一定不変なものではない」、「したがって、原告が主張する事由を最大限考慮したとしても、これをもって、本件立法不作為の事態が憲法の一義的文言に違反するのと同様な容易に想定し難い例外的場合には該当しない」とし、「国会における、本件立法行為も本件立法不作為も、いずれも国家賠償法1条1項の適用において、違法なものと認めることはできない」として棄却する。内閣の不作為の主張も斥ける¹⁵⁾。

(10) H-15.4.24〈婦(中)/賠〉東京地判平成15年4月24日¹⁶⁾(判時1823号61頁、②→H-17.3.31〈婦(中)/賠〉東京高判)は、原告の我が国の国際法上の責任、我が国の中華民国法上の責任、民法上の責任請求を斥け、立法の不作為の主張については、在宅最高裁判決を援用し、「その被害の救済に係る立法

措置を講ずる義務が一義的に生じるとは解されない」として棄却する。内閣の責任も否定する。

(11) H-17.3.31〈婦(中)/賠〉東京高判平成17年3月31日(訟月51巻11号2913頁, ①→H-15.4.24〈婦(中)/賠〉東京地判)は, 原審とほぼ同旨を述べ, 棄却する。

C このアプローチを支える思想

(1) 不作為救済(作為義務肯定他)へのコミット

(a) 選挙権関係

(ア) 選挙権は, 憲法に基づく基本的かつ重要な権利

H-11.10.28〈選(在外)/賠〉東京地判は, 憲法15条1項, 44条, 14条1項に言及し, 「原告らの衆議院議員及び参議院議員の選挙権が憲法に基づく基本的かつ重要な権利である」という。

(イ) 現行の在宅投票制度は, 改善が図られるべき

H-15.2.10〈選(神経)/賠〉大阪地判は, 「憲法は, 成年に達したすべての国民に等しく選挙権を保障しており, かつ, 選挙権行使としての投票の機会もまた, 成年に達したすべての国民に対して平等に保障して」おり, 「投票という行為を通して主体的に政治に参加し, 自らの政治的意思を表明する機会を実質的に保障するため, すべての選挙人にとって, 可能な限り, 特別の負担なく, 自由かつ容易に選挙権を行使することができる投票制度が憲法の趣旨に最もよく適合する」, したがって, 「国会における在宅投票制度の拡充に関する度重なる審議の経過によれば, これに関する議論は概ね尽くされた感がありその問題点はすでに明らかになっていること, 様々な障害者や寝たきり老人等投票所に行けないために選挙権の行使が不可能か事実上極めて困難な状況にある者は増加傾向にあり, その権利行使のための制度確立の要請が一段と高まっていること, 障害者に対する権利保護の要請は国際的潮流であること, 外国においては投票所に行くことができない者のために, 様々な投票制度が採用されている」とし, 「現行の在宅投票制度は」, 「憲法の趣旨

に照らして必ずしも完全なものとは認められず、その対象の拡大や投票方法の簡略化などの方向での改善が図られて然るべき」という。

(b) 戦争関係（戦後補償関係）

(ア) 安全配慮義務違反に基づく損害賠償は可

H-13.8.23〈浮/賠〉京都地判は、「被告と原告らとの間では、昭和20年8月22日の出航までの間に、私法上の旅客運送契約に類似した法律関係が成立した」、「被告は、本件法律関係に基づき、浮島丸に乗船した」「原告らに対し、釜山港又はその近辺の朝鮮の港まで安全に運送する義務、朝鮮の港まで到達することが不可能な場合には、安全に最寄りの港まで運送し、又は出発港に還送すべき義務を負った」とし、浮島丸「爆沈が不可抗力によるものということできない」という。そして、「本件法律関係に基づく義務の不履行（債務不履行）を理由として、同原告らがそれによって被った損害を賠償する責任がある」とする。

(イ) 戦後補償問題が、何らかの慰謝をもたらす方向で解決されることが望まれる

H-15.4.24〈婦(中)/賠〉東京地判は、「裁判所による司法的な救済は、法令の適用によって事件の解決を図るという、いわば過去形の問題解決しか許されないものであって、裁判所が本件に適用すべき法令を適用した結果として、原告らの請求を棄却する旨の裁判をする場合に、その現象面から、これを『裁判拒否』と批判するのは当たらない」とし、請求をすべて斥けるが、「戦後50有余年を経た現在も、また、これからも、本件被害が存命の被害者原告である原告らあるいは既に死亡した被害者原告らの相続人あるいは訴訟承継人である原告らの心の奥深くに消え去ることのない痕跡として残り続けることを思うと、立法府・行政府において、その被害の救済のために、改めて立法的・行政的な措置を講ずることは十分に可能である」、「いわば未来形の問題解決として、関係当事者国及び関係機関との折衝を通じ、本件訴訟を含め、いわゆる戦後補償問題が、司法的な解決とは別に、被害者らに直接、間接に何らかの慰謝をもたらす方向で解決されることが望まれることを当裁

判所として付言せざるを得ない」という。

(2) 不作為非救済（作為義務否定他）へのコミット

(a) 選挙権関係

- (ア) 憲法は、選挙に関する事項の具体的決定を原則として国会の裁量にゆだねており、法律の制定を国会に命じるような一義的な明文の規定は存在しない

S-60.11.21〈選(宅)/賠〉最1判昭和60年11月21日は、「憲法には在宅投票制度の設置を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく、かえって、その47条は『選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。』と規定しているのであって、これが投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨であることは、当裁判所の判例とするところである」という。H-15.2.10〈選(神経)/賠〉大阪地判も同旨を述べ、「一般的・抽象的に、国会が在宅投票制度を拡充する方向での立法をなすことが期待されるとしても、昭和27年に廃止された在宅投票制度のもとで医師の証明段階での不正などが多発したことがきっかけで在宅投票制度が廃止されたという経緯からして、その対象者について、どのような要件の下にどの範囲の者まで在宅投票制度の利用を認めるのか、対象者に該当することの証明方法はどうするのか、どのような仕組みでどのような時期からこれを実施するのかなどの具体的決定は、国会の裁量にゆだねられていると解すべきであり、原告主張のような在宅投票制度を設けること以外に立法の選択が許されていないとまではいえない」、憲法47条から、「投票所に行くことができない者について、どのような範囲の者に対し、いかなる投票の方法を採用すべきかを一義的に導くことは困難である」という。原審のH-11.10.28〈選(在外)/賠〉東京地判も同旨。

- (イ) 在宅投票は、選挙の自由・公正を害する事態を誘発しやすく、投票の秘密が害されるという弊害も伴うおそれが高い

H-15.2.10〈選(神経)/賠〉大阪地判は、「特に、在宅投票は、不在者投票管理者の管理下で行われる不在者投票と異なり、投票の記載が選挙管理委員会の管理が行われていない自宅等で行われるため、選挙人以外の者が不正に選挙人に代わって投票するなどの選挙の自由・公正を害する事態を誘発しやすく」、「投票の秘密が害されるという弊害も伴うおそれが高い」という。

- (ウ) 国際人権 B 規約 25 条¹⁷⁾は、立法措置を講ずべきことを一義的に明白に命じていない

H-11.10.28〈選(在外)/賠〉東京地判は、B 規約 25 条は、「条約締結国の立法府に対し、在外に居住する自国民の選挙権の行使を可能にする立法措置を講ずべきことを一義的に明白に命じているとは解されない」という。

- (b) 戦争関係 (国内)

- (ア) 戦争犠牲ないし戦争損害に対しては政策的見地からの配慮が考えられるにすぎない

S-62.6.26〈援(民)/賠〉最 2 判は、最大判昭和 43 年 11 月 27 日 (本章注 5) 参照) を援用し、憲法には「立法を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく、かえって」、「戦争犠牲ないし戦争損害は、国の存亡にかかわる非常事態のもとでは、国民のひとしく受忍しなければならなかったところであって、これに対する補償は憲法の全く予想しないところ」であり、「戦争犠牲ないし戦争損害に対しては単に政策的見地からの配慮が考えられるにすぎ」ず、「その補償のために適宜の立法措置を講ずるか否かの判断は国会の裁量的権限に委ねられる」という。

- (c) 戦争関係 (戦後補償関係)

- (ア) 国が被害者に直接賠償をするかどうかは、政治的な要素を伴う国家の判断

H-12.12.6〈婦(比)/賠〉東京高判は、「戦争等の紛争状態における軍隊その他の戦闘員等による違法な行為の処罰、加害国家の責任、あるいは被害者に

対する賠償等の諸問題は、いずれも原則として国際法の枠組みにおいて解決されるべき事柄」とし、「国家がその意思に基づいて被害者に対し直接賠償をすることは国家の自由に行い得る」「が、これを行うか否かは、加害行為の有無、態様、被害の重大性といった当該加害行為に直接関係する事項だけでなく、国際社会の情勢、加害国と被害者の所属国との外交その他の関係、加害国家の国内諸事情等、更には正義、人道等の観点をも交えるなどして様々な見地からの自由な意見を踏まえて決せられるきわめて政治的な要素を伴う国家の判断であり、法を適用する司法判断とはそもそも範疇を異にする」という。

- (イ) 憲法の各条項、条約は国会に対して賠償、補償、謝罪を行う立法義務を一義的に定めていない

H-11.8.30〈婦(韓)/賠〉東京高判は、「憲法前文その他の条項のどれ1つを取り上げても、また、これらの規定を総合しても、右立法の作為義務を一義的に定めた規定であると解することは到底できない」、「憲法前文は、憲法の基本原理を宣言するものであるにとどまり、それ自体において裁判規範性はなく、同前文から謝罪と賠償についての一義的な立法義務が生じているとは到底解されない。憲法9条は、国の戦争放棄、軍備及び交戦権の否認を規定しているが、同条の理念である平和主義及び国際協調主義から、直ちに、国会に対して『従軍慰安婦』及び『遺骨問題』に対する賠償立法等を一義的に義務づけているとは解されない。憲法13条は、個人の尊重と生命、自由及び幸福追求権を規定しており、それらが、国家による侵害から保護されるべき法的利益であることの根拠とはなるが、その法的利益の侵害に対し同条を直接の根拠として損害賠償請求権が生じたり、賠償立法義務等が生じたりする余地はない¹⁸⁾。憲法14条は、国政の高度の指導原理として法の下の平等原則を宣言したものであり、これに違反する法令、処分等は無効とされるが、その違反行為に対し同条を直接の根拠として損害賠償請求権が生じたり、賠償立法等の措置を採るべき義務が生じたりする余地はない。憲法17条は」、「国家賠償法の制定を規定するにすぎず、同法の制定に際し、どのよ

うな要件の下に、憲法にいう『不法行為』を認めて損害賠償請求権を生じさせるかについては、なお立法府の裁量に委ねられているものと解され、同条を直接の根拠として損害賠償請求権が生じたり、また、一義的な立法義務を定めたものとまでは解されない。憲法 29 条 1 項及び 3 項は、財産権の保障及び財産権についての特別な犠牲に対する補償を規定しているが、控訴人らの主張する損害はそもそも同条項にいう財産権についての特別の犠牲ではなく、右各条項において、それらの損害に対する賠償立法等の義務が一義的に定められているとは到底解されない。憲法 40 条は、刑事補償請求権を規定するが、同請求権は同条の文言上明らかなように刑事手続において無罪の裁判を受けた場合を前提とするのであって、同条が賠償立法義務等を一義的に定めていると解する余地はない。憲法 98 条 2 項は、日本国が締結した条約及び確立された国際法規を遵守すべき旨を規定するが、同規定が賠償立法義務等を一義的に定めていると解することはできないし、また、日本国が締結した条約及び確立された国際法規にも右義務を一義的に定めているものは見当たらない」という¹⁹⁾。

(ウ) 国賠法の施行前における公務員の不法行為については国家無答責の法理

H-11.8.30 (婦(韓)/賠) 東京高判は、控訴人らの主張——謝罪と賠償の範囲、方法を規定する立法が欠けていても、裁判所としては、類似法令の類推等を通じてこれを特定し、司法救済を実現すべきであるとし、国家賠償法の規定を、除斥期間、時効等に係る規定を除いて類推適用すべき——について、この主張は、「この法律の施行前の行為に基づく損害については、なお従前の例による。」とする昭和 22 年 10 月 27 日施行の国家賠償法附則 6 項の規定を無視することになるとし、国家無答責の法理——「明治憲法下においては、権力的作用については、違法行為に対しても国は賠償責任を負わない」——を援用する。H-14.10.15 (婦(台)/賠) 東京地判は、「同法理は、大日本帝国憲法下においては、我が国には現行の国家賠償法のような公権力の行使(権力的作用)についての賠償責任を認める特別の根拠規定がなく、ま

た、民法上も明文の規定がないという法制度上の理由に基づくものであるから、権力的作用である以上は、被害者の国籍、行為地、違法性の程度を問わず、それによって個人に生じた損害につき賠償請求をなしえなかったものであり、重大な人権侵害であることを理由に、同法理が適用されないという解釈をする余地はない」という。H-14.3.28〈徴(韓)/賠〉東京高判は、「諸外国においても、近代国家成立後長きにわたり主権免責の法理に由来する国家無答責の原則が採用され、国家賠償制度が肯定されるに至ったのは比較的最近のことであり、それまでは官吏の職務違反行為の効果は官吏個人に属するものとされ、第三者に加えられた損害に対しては原則として私人としての官吏が個人的に責任を負うものとされていたのであり、各国はこの国家無答責の原則をそれぞれの国の特殊性に合わせて法体系の中に持ち込んでいたことが認められ、この事実と」「旧民法、行政裁判法、裁判所構成法の立法経過に照らせば、明治憲法下においても、主権免責の法理の考え方を取入れて実体関係を含めた法原則として国家無答責の原則を採用したと考えられるのであり、この価値基準に基づいて」「各法規等からなる法体系を構築した」、「そして、国の権力的作用について民法の適用が否定されていたのであり、国賠法附則6項は、『この法律施行前の行為に基づく損害については、なお従前の例による。』と定めているのであるから、現憲法下においても、明治憲法下の国の権力的作用については民法の適用が否定され、国の不法行為責任が否定される」という。H-15.4.24〈婦(中)/賠〉東京地判、H-17.3.31〈婦(中)/賠〉東京高判も同旨。

(エ) 明治憲法27条は、財産権の制限に対し直接の損失補償請求権を、また、生命・身体の侵害に対して個人に損失補償請求権を認めない
H-11.8.30〈婦(韓)/賠〉東京高判は、控訴人らの主張——明治憲法27条の解釈は憲法29条の解釈がそのまま妥当し、財産権ばかりか生命・身体の自由に対しても損失補償を認めた規定であり、同条に基づき補償請求できる——について、「明治憲法27条は、『日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サルハコトナシ』、『公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル』と規定していたの

であるから、財産権の損失補償についても法律に基づいて初めて損失補償請求権が生じ、「同条の規定から直接に損失補償請求権が生ずると解することはできない」という。H-13.8.23〈浮/賠〉京都地判も同旨（本判決は、「憲法施行前の本件爆沈事件について、憲法 29 条 3 項を類推適用できるとは解することはできない」という）。なお、H-11.8.30〈婦(韓)/賠〉東京高判は、「憲法 29 条 3 項は、財産権を公共のために用いることができることを前提として、その正当な補償を規定するものであり、「公共のために用いる国の行為が違法である場合の補償を予定したものでもなく、生命・身体を公共のために用いることができることを前提とするものでもなく」、「憲法 29 条 3 項に関する解釈をもって、明治憲法 27 条に基づく控訴人らの本件補償請求の根拠とすることはでき」ないともいう。

(オ) 国際法は、被害者個人が加害国に対して直接損害賠償を請求することを認めたものでない

H-14.10.15〈婦(台)/賠〉東京地判は、「国際法は、元来、国家と国家の間の権利義務を規律する法であるから、国際法において、個人に対する義務・責任に関する規定がなされた場合も、それは、国家が他の国家に対して、その義務・責任を履行することを約束したものである」、「国際法上、個人の生命、身体及び財産などの権利・利益を保護する規定が定められた場合でも、国家による国際法に違反する行為に対しては、被害を受けた個人が属する国家が、外交保護権を行使して加害国に対して損害賠償等を求めるという方法によって間接的に被害の救済を実現することを予定しているにすぎず、被害を受けた個人が、加害国に対して、国際法に基づいて直接に損害賠償等を求める権利が付与されるものではなく、個人が国際法に基づき、加害国に対し被害回復のための措置を求めることができるためには、その旨の特別の国際法規範（条約の定め又は国際慣習法）が存在することが必要である」という。H-14.3.28〈徴(韓)/賠〉東京高判、H-15.4.24〈婦(中)/賠〉東京地判も同旨。その他、「人道に対する罪」違反は、加害国家の被害者個人にする損害賠償義務の根拠となり得ない²⁰⁾、強制労働条約は、同条約に違反する行

為によって生じる個人の賃金に属しない損害についてまで規律しておらず、請求権は認められない²¹⁾、ハーグ陸戦条約3条は、ハーグ陸戦規則違反の行為によって損害を被った被害者である個人が加害国に対して直接損害賠償を請求することを認めたものでない²²⁾、奴隷禁止条約は、被害者である個人が、加害国に対して直接に損害賠償請求権を取得することを認めたものでない²³⁾、婦女売買禁止条約（醜業条約）違反でない²⁴⁾等の判示が見られる。

(3) 司法哲学

(a) 立法行動は政治的責任の対象

S-60.11.21〈選(宅)/賠〉最1判は、「国会議員が立法に関して個別の国民に対する関係においていかなる法的義務を負うかをみるに、憲法の採用する議会制民主主義の下においては、国会は、国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を立法過程に公正に反映させ、議員の自由な討論を通してこれらを調整し、究極的には多数決原理により統一的な国家意思を形成すべき役割を担う」、「そして、国会議員は、多様な国民の意向をくみつつ、国民全体の福祉の実現を目指して行動することが要請されているのであって、議会制民主主義が適正かつ効果的に機能することを期するためにも、国会議員の立法過程における行動で、立法行為の内容にわたる実体的側面に係るものは、これを議員各自の政治的判断に任せ、その当否は終局的に国民の自由な言論及び選挙による政治的評価にゆだねるのを相当とする」、「立法行為の規範たるべき憲法についてさえ、その解釈につき国民の間には多様な見解があり得るのであって、国会議員は、これを立法過程に反映させるべき立場にあるのである。憲法51条が、『両議院の議員は、議院で行った演説、討論又は表決について、院外で責任を問われない。』と規定し、国会議員の発言・表決につきその法的責任を免除しているのも、国会議員の立法過程における行動は政治的責任の対象とするにとどめるのが国民の代表者による政治の実現を期するという目的にかなうものである、との考慮によるのである」と述べ、議会制民主主義の政治プロセス尊重の司法哲学を明言する²⁵⁾。

D このアプローチをめぐる

(1) 選挙権関係

(a) 在宅投票

S-60. 11. 21 〈選(宅)/賠〉最 1 判は、1 審、2 審とは対照的に、例外的な場合を除いて違法の評価を受けないとした。このアプローチは、立法内容の違憲性と立法行為の国賠法上の違法性との区別をベースとし、その論拠として、立法行為の政治的性格や憲法 51 条の国会議員免責特権があげられている。本判決以前から、「立法行為とくに立法の不作为の損害賠償法上の違法または故意過失の判断は、相当長期にわたる立法過程全体の動きに対して法的评价を下すことであって、司法裁判所に憲法 81 条にもとづく法令審査権があるゆえに当然にこれをなしうるものではない」、「法令の違憲審査権は、既に法令の形に結実した国会の意思について、これを適用するにあたって、違憲ならばその適用をひかえるという形をとるものであるのに対して、立法行為とくに立法不作为の損害賠償法上の違法または故意過失の判断は、長期にわたる立法過程に積極的、消極的な手落ち、手ぬかりがなかったかを法的に判断するものであり、国会の自律性などを理由とする統治行為論が、特定時点における特定行為についてさえ、その政治的性格のゆえをもって、法的判断が可能であるにかかわらず、法的判断をさしひかえるのと比較し、長期にわたる統治過程そのものの是非を法的に判定することであって、極めて困難なものがある」²⁶⁾という見解があり、また、本判決に対しても好意的なコメントもあった²⁷⁾。

しかし、他方、国賠訴訟が、「実質的な違憲確認訴訟」として広く活用されるようになってきたことに期待をかけていた立場からは、「たしかに国会議員の責任は通常は政治的責任にとどまるとしても」、「議員の活動の総体としての国会の立法活動は憲法上の制約に服しているのであり、その違法を問題とする余地は依然として残っているのではなからうか。そしてその場合、違法とは単なる法的義務違反、法規違反にとどまらず、公権力の行使が客観的に正当性を欠く場合を含むと解すれば、違憲の内容の立法行為をもって違法

と評価することに妨げはないのではなかろうか。ここでは判旨の、形式的な代位責任論と結びついた違法性の狭い捉え方の不当性が指摘されてよいであろう²⁸⁾という批判、「立法内容の違憲性と立法行為の違法性が観念上区分しうることは事実であろう。しかし、両者を区分すること自体から判旨にみられるような特段の法的効果を引き出すことは妥当でない²⁹⁾」という批判、「本件判旨は『立法行為は、およそ国賠法上の違法の評価をうけない。』という大命題を帰結するに於ては、理由づけが極めて不十分である」、「違憲内容の立法をすることが即ち国会議員の『職務上の法的義務に違背』するものと言うこともできる³⁰⁾」という批判、「『例外的な場合』がなぜ法的問題になり得るのか不明確」という批判³¹⁾、判決が、選挙に関する事項に立法府の裁量を認める根拠として議員定数不均衡に関する最高裁の昭和 39 年判決と昭和 51 年判決をあげていることについて、「昭和 51 年判決は、投票価値の平等を『憲法の要求するところである』として、立法府の裁量をより厳格に枠づけている」のに対し、「本最高裁判決は、在宅投票制度と選挙権保障との関係を十分検討することなく、立法府の裁量を認めた点において問題がある³²⁾」等、強い批判がなされた。

H-15.2.10〈選(神経)/賠〉大阪地判は、現行の在宅投票制度は、その対象の拡大や投票方法の簡略化などの方向での改善が図られて然るべきとしながらも、立法機関の広い裁量を認めた。この点、「60 年判決に機械的に従うのではなく、議会制民主主義が十分機能していることがその論理が成立する前提となると分析し、その前提の成否の検討に基づいて 60 年判決の基準が本件に妥当することを認め、そのうえで現行の郵便投票制度が憲法の趣旨に照らして完全なものとは認められないと指摘して立法的対応を促すという途をとっている」、「立法不作為を理由とする国賠請求訴訟をあまりに容易に認めることは抽象的違憲審査権を認めるに等しい結果になる」「という問題を認識しつつ、憲法規範上認められるべき一定内容の立法義務を果たさない立法府に対して人権救済の実をあげようとする裁判所の試みの 1 つとして注目す

べき」³³⁾という比較的好意的なコメントのほか、「この判決は、現時点での立法事実と50年前の立法事実を、また選挙権という重大な人権と管理執行上の必要性とを同等に扱い、『裁量』の名のもとに前者の価値を切り捨ててしまっている。最高裁判決が出された1985年当時と比し、障害者に対する権利擁護の必要性が、明確かつ重大な立法課題となっている今日、最高裁判決の広い裁量論を、そのまま持ち込むことには問題がある」、「判決自ら、現時点での立法課題としての明確性を指摘している以上、これを立法化しない根拠については、個別具体的に検討し、評価することが求められる。そもそも憲法が投票制度をはじめとする選挙に関する事項の制定を立法機関に委ねた趣旨は、選挙方法等が、時代や文化の変化に伴い常に見直されるべきものであり、立法機関が」、「憲法上の要請に、より確実に対応しうる選挙制度を創設することを容易にするために他ならないのであって、選挙権を行使し得ないような投票制度を立法する裁量を与えたものではない」³⁴⁾という批判がある。

(b) 在外選挙権

H-11.10.28〈選(在外)/賠〉東京地判は、立法内容の違憲性と国賠法上の違法性を区分する在宅最高裁判決のアプローチを用いた。この点、「事実上立法府の不作为に対する国賠請求の途を閉ざすものとして、学説上批判も強い。在外日本人の場合、選挙人名簿登録に関する市町村選管への異議申立・訴訟提起も困難なだけに、権利侵害に対し裁判を受ける権利を確保する上からも」、在宅最高裁判決「の再検討が必要」、「またその際には、84年に法案が提出されていることに加え、在外日本人の増加や諸外国の立法動向、通信手段の飛躍的発達など、立法事実の変化も十分考慮されるべき」³⁵⁾との批判があった。

(2) 戦争(国内)関係

S-62.6.26〈援(民)/賠〉最2判は、在宅最高裁判決の判断基準と、43年判決(本章注5)参照)に基づき、例外的場合に当たらないとした。このアプ

ローチにつき、「特定の少数者が合理的な根拠もないのに一般人と異なる不利な扱いを受ければ、それは、たしかに、不合理な差別で、平等原則に反するといわねばならないといえるが、逆に、少数グループがそれ自体是認できるなんらかの政策上の配慮により国から特別な利益を受けている場合に、そのグループに属さない一般のマジョリティが、同等の利益が得られなければ平等原則に違反するといえるかどうかには、大いに疑問がある」、「こうした場合に少数者の受ける特権が不当であるというのであれば、特権付与自体を止めさせるのが、おそらく本筋であり、いわゆる水平運動は、筋違いのように考えられる」、「このように見てくると、戦後に援護法が制定されて、戦争被害につき軍人軍属だけに救済措置が定められ、一般の民間人被災者には同等の救済措置がとられなかったとしても、その不作為が、何人の目にも明らかな平等原則違反であり、不合理な法的差別であるとは、容認しがたい。判旨は、正当であろう」³⁶⁾というコメント、在宅最高裁判決「の基準によらず、国家賠償法1条1項の適用の余地を拡げた場合でも、本件は立法部の政策的判断の余地が大きい戦争被害への救済の問題であり、戦場という特に危険な場所に置かれた軍人軍属にのみ援護法が救済措置を定めたこともあながち不合理とはいえず平等条項違反とまではいえないので、本件については国家賠償は認められないと解される」³⁷⁾というコメント等の好意的な立場がある一方、本判決が援用した43年判決は、「連合国による在外資産の取得を戦争被害＝一般犠牲と見て補償を不要と解したものであり、本件のような生命・身体への侵害に拡張可能であるかは、なお検討の余地がある。つまり、具体的に生命・身体被害を見ていく中で特別犠牲を承認する余地も残されているように解される」³⁸⁾という批判、在宅最高裁判決を「無条件に踏襲した本判決の判断の妥当性も疑問とせざるをえない。本件事案についても、憲法上のいかなる権利が侵害されているか、またその重要性如何、他の救済手段の存否、さらに、国会が法制定を放置している期間や具体的行態が法的義務違反に該するか否か、といった諸点にわたる審査をした上で結論を出すべきであった」という批判³⁹⁾も見られる。

(3) 戦争(戦後補償)関係

H-13.8.23〈浮/賠〉京都地判が、原告の様々な請求を斥けた点について、「今回も国の責任の承認を拒む司法の姿勢が繰り返された」とするが、「1審判決の注目点は、証明責任の問題はともかく、安全配慮義務違反の認定にあたり、『国が強制的に就労させたのだから安全に朝鮮半島まで届けるのは条理上当然の要請だった』とまで踏み込んだ点である。これにより、同判決は、事件で死亡した日本人船員が戦死扱いで恩給法の支給対象であるのに対して、国籍条項によって何らの補償も受け取れなかった朝鮮人被害者に救済の途を開いた」⁴⁰⁾というコメントがある。

注

- 1) たとえば、「判決は在宅投票制の廃止ないしその後の立法不作為は」、「例外的な場合にはあたらなとして締めくくっている。そこでは『憲法には在宅投票制度の設置を積極的に命ずる明文の規定が存在しないばかりでなく』、かえって47条は『選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨である』とされているので、違憲問題は生じていないかのように読み誤られるおそれなしとしないが、これは」、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うような例外的な場合「に該当するか否かだけを論じたものである」(野中俊彦・法時58巻2号91~92頁[1986])、もっとも、本コメントは、「先程の指摘にもかかわらず、最高裁が実体面においても立法裁量論で実は片付けているという危惧の念をぬぐい切れない」[93頁]と付け加えている)というコメント、判決は、「この『内容評価・行為評価区別論』を初めに据えることにより」、「立法内容そのものの司法審査を回避し得たのであり」、「右『区別論』は本件立法行為の内容に関する憲法判断を回避するテクニックとして機能している」(棟居快行・判評330号206, 204頁[1986])というコメント、「在宅投票最判においては、当該事件の1審、2審判決とは異なり、在宅投票制度を廃止したこと、又は、それを復活しなかったことの合憲性については、判断されていない」(宇賀克也『国家補償法』105頁[1997])というコメント、「本判決において留意すべきことは、本件立法内容が『憲法の一義的な文言に違反して』いるとはいえないことが示されているのみであって、本件立法内容の合憲性自体については判断が示されていない」(長尾一紘・民商95巻2号281頁[1986])等のコメントがある。
- 2) 明治45年生まれの有権者が、昭和6年、自宅の屋根で雪降ろしの作業中に転落して腰部を打撲したのが原因で歩行困難となり、同28年の参議院選挙の際には車椅子で投票所に行き投票したものの、同30年ころからは、歩行が著しく困難になったの

みならず、車椅子に乗ることも著しく困難となり、担架等によるのでなければ投票所に行くことができなくなり、同 43 年から同 47 年までの間に施行された合計 8 回の国会議員、北海道知事等の選挙に際して投票をすることができなかった。そこで、在宅投票制度は在宅選挙人に対し投票の機会を保障するための憲法上必須の制度であるのに、これを廃止した立法行為および廃止して復活しない立法不作为行為は、在宅選挙人の選挙権の行使を妨げ、憲法 13 条、15 条 1 項及び 3 項、14 条 1 項、44 条、47 条並びに 93 条の規定に違反する国会議員による違法な公権力の行使であつて、同 43 年から同 47 年までの間に施行された合計 8 回の選挙において投票できなかったことにより、精神的損害を受けたとして国に対し賠償を請求した。

- 3) 1 審、S-49.12.9〈選(宅)/賠〉札幌地小樽支判では、在宅投票制度を廃止した立法行為に焦点が当てられ、復活しないという不作为の問題は、2 審、S-53.5.24〈選(宅)/賠〉札幌高判から前面に出てきた。
- 4) 本判決は、「ある法律が個人の具体的権利利益を侵害するものであるという場合に、裁判所はその者の訴えに基づき当該法律の合憲性を判断するが、この判断は既に成立している法律の効力に関するものであり、法律の効力についての違憲審査がなされるからといって、当該法律の立法過程における国会議員の行動、すなわち立法行為が当然に法的評価に親しむものとするとはできない」という。
- 5) 本判決は、連合国に没収された在外財産に対する日本政府の補償義務について、「戦争中から戦後占領時代にかけての国の存亡にかかわる非常事態にあつては、国民のすべてが、多かれ少なかれ、その生命・身体・財産の犠牲を堪え忍ぶべく余儀なくされていたのであつて、これらの犠牲は、いずれも、戦争犠牲または戦争損害として、国民のひとしく受忍しなければならなかったところであり、右の在外資産の賠償への充当による損害のごときも、一種の戦争損害として、これに対する補償は、憲法の全く予想しないところ」として斥けた。
- 6) 判決は、内閣の法案を提出しなかった不作为についても、「国会に対して法律案の提出権を有するにとどまる内閣」について、国賠法の「適用上違法性を観念する余地のないことは当然」という。
- 7) 大韓民国の国民らが、1904 年 2 月 23 日の「韓日議定書」以降、大日本帝国が当時の「大韓帝国」の主権を徐々に侵略し、1910 年に同国を併合し、以来、1945 年ころまで同国の領域を支配したことなどに関し、国際慣習法、1943 年のカイロ宣言、1945 年のポツダム宣言及び日本国との平和条約、国際司法裁判所規程において国際司法裁判の準則とされている「文明国が認めた法の一般原則」、ニュールンベルグ国際軍事裁判所条例及び極東国際軍事裁判所条例に規定された「平和に対する罪」及び「人道に対する罪」、民法 709 条、憲法前文 1 段、2 段、同 9 条により認められるとする「道義的国家たるべき義務」等に基づく国賠法の類推適用、明治憲法 27 条等を根拠とし、国に対し、国が「1910 年 8 月 22 日韓日条約」等に基づき韓国を支配

したことなどの不法行為により韓国民に与えたとする被害について、原状回復、損害賠償及び公式謝罪の各義務（原状回復義務等）が存在することの確認、右不法行為により国が韓国民に与えたとする被害及び苦痛についての謝罪、太平洋戦争中に国が選定者ら又はその被相続人を軍人、軍属等として強制連行したことなどについての死亡までの経過に関する調査報告と身分関係資料及び遺骨の引渡し、国からの独立運動を行い国から弾圧を受け、国による韓国支配及び戦争挑発行為の結果として家族が南北に離散したとする選定者らに対する損害賠償の支払いを求めた。1 審、東京地判平成 8 年 3 月 25 日（判時 1597 号 102 頁）は、原状回復義務等存在確認請求のうち、国が原告選定者以外の韓国民に対して右原状回復義務等を負っていることの確認を求める部分について、「当事者間の具体的な権利義務又は法律関係の存否に関する紛争には当たらない抽象的な争いについて裁判所の判断を求めるものとして、『法律上の争訟』に該当しない不適法な訴え」として却下し、また、原告選定者らに対して国が原状回復義務等を負っていることの確認を求める部分についても、「原告らが主張する本件原状回復義務等の内容は、いずれも極めて抽象的かつ不特定なもので」、「確認の利益を欠くゆえ不適法として却下する。その他の請求についても理由がないとして棄却した。2 審において、元従軍慰安婦被害者、生死不明者及び遺骨所在不明者等の相続人らである控訴人選定者らが、予備的請求として、被控訴人の国会議員において、被控訴人が韓国人である従軍慰安婦に対して一定の賠償金ないし補償金の給付をなすべき旨を定める法律を成立させなかった立法の不作为が、国賠法上、違法であるとして損害賠償を求めるとともに、民法 723 条に基づき公式謝罪を求めた。

- 8) 3 カ月以上引き続いて日本国外に居住していたため、日本国内における住民基本台帳に記録されていず、平成 8 年 10 月 20 日の衆議院議員選挙において投票できなかった原告らが、平成 10 年の改正以前の公職選挙法が在外日本人について衆議院議員及び参議院議員の選挙権の行使を認めていない状態は、何らの留保も置かず成年の国民に対し等しく国政選挙の選挙権が与えられるべきことを規定している憲法 15 条、44 条ただし書並びに B 規約の一義的な文言に違反しているとし、国会は、このことを知りながら、あえてその改正をおこなわず、明らかに国会の立法裁量を逸脱しているとし、被告、国に対し、投票できなかったために被った精神的損害の賠償として各金 5 万円を支払うよう国賠訴訟を提起した。原告は、次のようにいう。公職選挙法が制定された昭和 25 年には、在外日本人の数は、それほど多数ではなかったが、平成 7 年には、約 72 万人にものぼり、選挙権を有していながら、それを行使し得ない在外日本人の数は少なくとも数十万人という莫大な人数に達している。国会は、直ちにこのような違憲状態を解消すべき義務を負っているところ、公職選挙法の規定は制定から 40 年以上も改正されずに放置されていた。昭和 59 年 4 月には、我が国の国際関係の緊密化に伴い、国外に居住する国民が増加しつつあること

に鑑み、これらの者について選挙権行使の機会を保障すべく、在外選挙人名簿の登録制度及び在外投票制度を創設するとともに、所要の規定の整備を図る必要があるとして、在外日本人について選挙権行使の機会を保障する在外選挙人名簿の登録制度及び在外投票制度を創設するための「公職選挙法の一部を改正する法律案」が国会に提出されたものの、昭和 61 年 6 月の衆議院解散に伴い、廃案となり、その後は違憲状態解消のための努力はなされてこなかった。

- 9) 昭和 20 年 8 月 24 日、海軍の特設運送艦浮島丸が京都府舞鶴湾内で沈没し、多数の乗船者が死亡した。浮島丸に乗船し沈没により死亡した者の遺族、生還したが、その後死亡した者の遺族、さらに生還した者と称する原告らが、被告国に対し、① 浮島丸の沈没により、原告らを含む多数の朝鮮人に多大な犠牲を被らせたことの公式陳謝、② 安全配慮義務違反に基づく損害賠償、③ 道義的国家たるべき義務に基づく損害賠償、④ 明治憲法 27 条（ないし憲法 29 条の類推適用）に基づく損失補償、⑤ 憲法上救済されなければならない人権侵害について救済する法が欠けているという立法不作為に基づく損害賠償、⑥ 遺骨返還等を求めた。原告らは、⑤の立法不作為の主張の根拠として、(a) 憲法前文、9 条は、立法府に対して戦争被害者に対する補償・賠償立法を行うという道義的国家たるべき義務を課している、(b) 本件被害者らが、日本国籍を有する者が受け得る援護の対象から除外されていることは憲法 14 条に違反する、(c) 植民地から強制的に動員されて被害を受けたにもかかわらず、55 年にわたって謝罪、真相の究明、遺骨返還が怠られていることは、本件被害者らの人格を無視するものであって、憲法 13 条に違反する、(d) 憲法 17 条、29 条 3 項は、かつて被告による侵略戦争で被害を受けた人々に対する補償を行う立法を当然に予定している、(e) 憲法 40 条は、刑事補償と同様に、強制連行され、事実上の監禁状態で強制労働を強いられた人々に対する補償立法を当然に予定している、(f) 憲法 98 条 2 項から、確立した国際慣習法となっている戦後補償をすべき義務が導かれ、被告国は、憲法制定時又はサンフランシスコ条約締結時に原告の損害を賠償する立法義務があり、遅くとも昭和 28 年には立法課題として認識可能であり、立法に要する期間を考慮しても、遅くとも昭和 31 年には、合理的期間が経過している、と主張した。
- 10) 太平洋戦争当時、日本国内の炭鉱等に労働者として動員され、作業中の事故等により死傷した者やその遺族、現在でも消息不明者の親族、日本国内や南洋群島等に軍属として動員され、敵国の攻撃の作業中の事故等により死傷した者やその遺族、軍人として動員され、戦地において敵国の攻撃等により死傷した者やその遺族が、被告国による「強制連行」により損害ないし特別の損失を被ったとして、① 不法行為に基づく損害賠償・謝罪（強制連行及びそれに続く労務・役務の強制等の行為は、1932 年に批准した強制労働条約に違反し、国際慣習法である奴隷の状態又は隷属状態におかれぬ自由の侵害であり、かつ、人道に対する罪に該当し、また、強

制連行が形式的には国家総動員法、国民徴用令等の法律・命令に基づいて行われていたとしても、公序に違反し違法であり、民法 709 条に基づき損害賠償請求権が発生する)、② 明治憲法 27 条に基づく損失補償(韓民族である原告らは、旧日本帝国主義の植民地支配下で、人格権や財産権の本質的内容を侵すほど受忍限度を超える特別の犠牲を課された)、③ 安全配慮義務違反に基づく損害賠償(被告国は、強制連行に伴う強制力行使に本来的に内在する義務として、各被連行者に対し、強制連行に基づく支配従属関係が継続している間、被連行者の生命・身体・健康等を自ら侵害せず、かつ、他人をして侵害させないという内容の安全確保そのものを目的とする安全配慮義務を負っていた)、④ 国際法違反に基づく損害賠償・謝罪(各被連行者が、被告国の関与により、軍人・軍属・労働者として強制連行され、奴隷状態に置かれた上、軍役・労役を強いられたことは、奴隷の状態又は隷属状態に置かれない自由への侵害であり、人道に対する罪に違反し、強制労働条約に違反している)と主張した他、⑤ 憲法上の作為義務に違背した立法不作为に対する国家賠償、⑥ 行政上の不作为に基づく賠償等を求めた。⑤の立法不作为への国賠請求において、原告らは、戦傷病者・戦没者遺族等に対する援護を行うため、これまでに戦傷病者戦没者遺族等援護法、恩給法、旧軍人等の遺族に対する恩給等の特例に関する法律等、13 の補償立法が制定されたが、これらのすべての法律に設けられた国籍要件は、憲法 14 条、B 規約 26 条に違反しており、国会には、戦後補償立法の国籍要件を廃止すべき立法義務が存在し、また、戦後補償の国際的潮流及び憲法前文、9 条、14 条、17 条、29 条 3 項、40 条、98 条 2 項等の日本国憲法の諸規定を総合すれば、解釈上、個々の国会議員に対し、侵略戦争・植民地支配により被害を受けた個人への戦後補償を行う立法をなすべき義務が課されていることは明白であるのに、未だ国籍要件廃止立法又は戦後補償立法をなそうとする動きは全く顕在化しておらず、現時点において、各立法をすべき合理的期間を既に徒過しており、少なくとも国会議員らの過失により、憲法上の作為義務に違背した立法不作为に陥っていると主張した。⑥の行政上の不作为に基づく損害賠償においては、国籍要件削除の立法義務が明白であったから、内閣には、法案提出権を行使して、国籍条項を削除する法案の提出をする義務が存在していたし、現に存在しているのに、歴代内閣は、これを合理的期間内に適切に行使せずに放置しており、この権限の不行使は、歴代内閣閣僚の少なくとも過失による違法行為であると主張した。本判決には、「一義的……」の文言は見られないが、ここに類別する。

- 11) 台湾在住の女性である原告らが、第 2 次世界大戦中、日本軍によって、台湾内又はその他の地域に(従軍)慰安婦として連行され、監禁された状況で組織的、継続的に性行為の強要をされたこと等により、多大な精神的損害等を被ったとして、被告国に対し、① 国際法に基づく請求(奴隷禁止条約違反、強制労働条約違反、婦女売買禁止条約違反、通常戦争犯罪、「人道に対する罪」違反)、② 民法上の不法行為に

基づく請求（「慰安所」及び「慰安婦」制度は、日本軍が、戦争遂行のために設けた制度であり、「慰安所」の設置、「慰安婦」の募集については被告国が関与し、原告らが、日本軍が管理支配する「慰安所」で、日本軍によって継続的に強姦されるといふ被害を受けてきたことは明らかであり、日本軍による上記行為は、民法上の不法行為となる）、③ 立法不作為の違法による賠償、④ 国際法違反に対する国家責任解除のために必要な行為として公式の謝罪等を求めた。③の立法不作為の主張において、原告らは、被告国には、国家責任解除義務に基づき、日本軍関係者に対する処罰及び被害者救済の義務が生じているが、国は、戦後50年以上（そして、平成5年に原告らに対する加害行為への関与を認めて以後、各国の元「慰安婦」から訴訟を提起され、被害実態を認識してからも10年近くが経過しているにもかかわらず）、救済措置を講じるべき義務を果たしておらず、また、内閣も、被害救済に関する法案を作成して、国会に対して立法を求める義務があったことは明らかであると主張した。

- 12) 判決は、内閣の不作為に基づく賠償請求について、「法案提出権を有するにすぎない内閣に対して、少なくとも、当該立法不作為につき、個々の国会議員に対する国家賠償法上の違法が認められない場合において、被害救済立法に係る法案提出義務を課する根拠はないから、原告らの主張は理由がない」とし、責任者不処罰による国賠については、「原告らが国の公務員の義務違反の根拠として主張する国際法上の国家責任は、相手方である国家に対する国際法上の義務であって、被害者個人に対して負担する義務ではないから、仮に何らかの義務違反があったとしても、それが国家賠償法1条1項の違法に当たるとはいえない」という。公式の謝罪要求については、「請求の趣旨は抽象的であり、被告の作為義務の内容が具体的に明らかではないから、給付訴訟における請求の趣旨の特定を欠く」という。
- 13) 不安神経症等のため外出することができず、平成12年2月に実施された大阪府知事選挙、同年4月に実施された茨木市長選挙、平成12年6月に実施された衆議院議員総選挙において選挙権を行使できなかったとする原告（予め原告の父を代理人として、茨木市選挙管理委員会に郵便投票証明書の交付申請を行ったが、身体障害者手帳が添付されていないことを理由に、郵便投票証明書交付申請書を受理してもらえなかった）が、① 国会が、(ア) 昭和49年6月3日に公職選挙法を改正し、身体障害者手帳を有する者等に限る、現在する場所において郵便による投票の方法を認める制度を設けたこと、(イ) その後この制度の対象者を拡充する立法をしなかったこと、② 内閣が、同制度の対象者を拡充する法律案を国会に提出しなかったこと、により、3回の選挙において投票することができず、精神的損害を被ったとして、国賠法1条1項に基づき、100万円の損害賠償の支払いを求めた。原告は、①(ア)については、国会は、本件立法行為当時、広く疾病等により投票所に行けない者に投票の機会を保障する制度を設けることが憲法上の要請であることを認識し、投票所に

行くことができない者の各事情に応じて、その投票の機会を保障するための適切な投票制度を設けることが可能であったにもかかわらず、身体障害者手帳を有する者等とそれ以外の者を区別し、後者の選挙権を無視するとともに、両者間に差別を生じさせており、この立法行為が憲法に違反していることにつき故意又は過失があったと主張し、①(イ)については、国会は、遅くとも昭和56年には、広く疾病等により投票所に行けない者に投票の機会を保障する立法をする必要があることを認識できたのに、国会は、現在まで、実質的な審議をすることもなく、この立法不作為が憲法に違反していることにつき故意又は過失があると主張する。

- 14) 判決は、「原告の場合は、旧法下の在宅投票制度においても、現行の在宅投票制度においても、いずれの投票制度においても在宅投票制度を利用することができないのであって、本件立法行為はもちろん昭和27年の法改正ですら、原告の権利関係に何ら具体的な影響を及ぼしていない」、「また、本件立法行為により新設された公職選挙法49条2項に定める在宅投票制度は、選挙権行使の方法をそれまでの投票制度に比べて拡大したものであり、選挙権行使を何ら制約するものではないし、選挙権の内容に何らの消長を来すものでもないから、原告が、本件立法行為によって何らかの法律上の制約を受けたとは認められない」、「そのうえ」、「昭和49年6月の本件立法行為当時において、原告は、選挙権を有していないばかりか、いまだ出生していないのであるから、その点からしても、本件立法行為が原告に対する関係で違法なものであったということはできない」という。
- 15) 法律の内容が憲法に違反している場合、内閣は、迅速に違憲状態を解消すべく法案提出義務を負い、この義務違反が国家賠償法上違法となり得るとする原告の主張について、判決は、「内閣法5条は、内閣の法案提出権を規定しているが、内閣の法案提出義務を定めた規定は、わが国の憲法及び法律のどこにも存在しない」という。
- 16) 日中戦争当時、中華民国山西省孟県に居住していた原告ら、または、その相続人らが、中国大陆に侵攻した旧日本軍の兵士らに強姦等の被害を受けたと主張し、①「人道に対する罪」違反及びその他の国際法（陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則違反、国際慣習法違反、人道に対する罪、ハーグ陸戦条約3条）違反、② 我が国の当時の中華民国法上の責任、③ 日本国民法上の不法行為法上の損害賠償責任、④ 原告らの被害を賠償する立法をしなかった立法の不作為等を根拠に損害賠償等を求めるとともに、⑤ 我が国総理大臣による謝罪とを求めた。
- 17) B規約25条は、「すべての市民は、第2条に規定するいかなる差別もなく、かつ、不合理な制限なしに、次のことを行う権利及び機会を有する。(a) 直接に、又は自由に選んだ代表者を通じて、政治に参与すること。(b) 普通かつ平等の選挙権に基づき秘密投票により行われ、選挙人の意思の自由な表明を保障する真正な定期的選挙において、投票し及び選挙されること。(c) 一般的な平等条件の下で自国の公務に携わること。」と定める。

- 18) H-15.4.24〈婦(中)/賠〉東京地判も、「憲法13条が規定する個人の尊重と生命、自由及び幸福追求権は、それらが国家による侵害から保護されるべき法的利益であり、人身の自由がその保障がなければ自由権そのものが存立し得ないといえるほどに重要な権利であるとはいえ、これらの侵害行為により、同条を直接の根拠として、その被害の救済に係る立法措置を講ずる義務が一義的に生じるとは解されない」という。
- 19) H-13.8.23〈浮/賠〉京都地判は、「カイロ宣言、ポツダム宣言の条項を考慮しても、憲法前文が、侵略戦争や植民地支配の被害者に対する損害賠償等の個別具体的な義務を被告に課していると解することはできない」という。
- 20) H-14.10.15〈婦(台)/賠〉東京地判は、『『人道に対する罪』は、極東国際軍事法廷条例第5条等によって国際法上の犯罪として認められたものであり、同軍事法廷に関する国際法規については、国際慣習法が成立している』が、「これらの犯罪は、戦時の重大犯罪の処罰のために設けられたものであり、戦争犯罪者の処罰を目的とするものであるから、これに関する国際慣習法が成立しているとしても、加害者の属する国家が、個人を国際裁判所の処罰に服させる義務を負うという国家責任が成立するにすぎ」ず、したがって、『『人道に対する罪』の被害者に、『人道に対する罪』に係る国際慣習法に基づいて、直接に加害者の属する国家に対する賠償請求権が付与されたと解することはできない』という。H-12.12.6〈婦(比)/賠〉東京高判も、ニュールンベルグ国際軍事裁判所条例、極東国際軍事裁判所条例、国際刑事裁判所規程等の「いずれの規程においても個人がその所属国以外の国家に対して直接損害賠償請求することを認める規定は置かれていない」という。
- 21) H-14.10.15〈婦(台)/賠〉東京地判は、「強制労働条約は、その14条において、強制労働に対しては『通常行ハルル率ヨリ低カラザル率ニ於テ現金ヲ以テ報酬ヲ与ヘラルベシ』と規定し、15条において労働災害についても任意労働者と同様の規律が適用されるべきことを規定しているものの、原告らが損害として主張するような、同条約に違反する行為によって生じる個人の賃金に属しない損害についてまで規律しているものであると解することはでき」ず、「原告らが主張するような『慰安婦』に従事させられることが強制労働条約の禁止する強制労働に当たり、被告に国際法上の国家責任が成立する余地があるとしても、同条約を根拠として、賃金に属しない損害についての賠償請求をすることができることにはならない」という。
- 22) ハーグ陸戦条約3条は、「前記規則ノ条項ニ違反シタル交戦当事者ハ、賠償ノ責ヲ負フヘキモノトス」とし、ハーグ陸戦規則46条は、「家ノ名誉及權利、個人ノ生命、私有財産並ニ宗教ノ信仰及其ノ遵行ハ之ヲ尊重スヘシ」とする。H-14.10.15〈婦(台)/賠〉東京地判は、「個人が当然に国際法上の権利義務の主体となるものではないこと等を考慮すると、ハーグ陸戦条約3条の賠償責任は、ハーグ陸戦規則違反行為を行った軍隊又はその構成員が属する国家が、違反行為により被害を被った個

人の属する国家に対して負担する国家間の賠償責任にとどまると解するほかはなく、被害者個人に対して、国際法上の損害賠償請求権を付与しているということとはできない」という。H-15.4.24〈婦(中)/賠〉東京地判も同旨。

- 23) 奴隷禁止条約は、締結国に奴隷取引の防止及び禁止の義務を課し、奴隷制度の廃止の実現を義務付け(2条)、奴隷取引を禁止するための措置をとるべきことを約束し(3条)、同条約の目的を達成するための国内法違反に対する処罰の義務を課す(6条)。H-14.10.15〈婦(台)/賠〉東京地判は、「同条約中には、被害者である個人に加害国に対する賠償請求権を取得させる旨の条項はないことからすれば、同条約に違反した国家に対しては、国際法上の国家責任が生じ得るとはいえ、同条約に基づいて、被害者である個人が、加害国に対して直接に損害賠償請求権を取得することを認めたものであると解することはできない」という。
- 24) 醜業条約は、強制手段であろうと、本人の承諾を得た場合であろうと、他人の欲情を満足させるために未成年の婦女を醜業に就かせる行為を刑事罰の対象とし(1条, 2条)、締約国は国内法が不十分な場合には立法措置を講ずることを約束する(3条)内容となっている。H-14.10.15〈婦(台)/賠〉東京地判は、「醜業条約は、国家の処罰義務、立法義務について定めたものであるが、他方で、被害者個人に同条約に違反した国家に対する損害賠償請求権を取得することを認めた規定はないことからすれば、同条約に違反した締約国が、国際法上の国家責任を負うことはあっても、同条約に基づいて、被害者個人に対する直接の損害賠償義務を負担するものではない」という。
- 25) H-11.8.30〈婦(韓)/賠〉東京高判は、「既存法規の憲法適合性の審査ではなく、憲法秩序の根幹的価値にかかわる基本的人権の侵害があり、かつ、これを救済する立法をすべきであるとの司法判断を、民事訴訟等の場において裁判所が行うことを憲法が予定していると解することはできない。憲法は、三権分立の原則を採用し、その制度の下において、それらの立法の要否、内容、立法の時期等については、憲法の一義的な文言に違反していない限り、原則として立法府の裁量に委ねていると解するのが相当である」、「立法義務の具体的内容が明らかではない本件において、そもそも立法不作为の懈怠を判断することができるか疑問である上、憲法上いかなる立法をなすべきかについて一義的に定めた条規がない場合には、立法の要否、内容、時期等について、なお立法府である国会の政治的な判断に任されている」という。H-15.2.10〈選(神経)/賠〉大阪地判は、「本件立法行為及び本件立法不作为は、特定の者の選挙権の行使を制限する趣旨でなされているものではなく、また、原告にとって、仮に現行選挙制度下での選挙権の行使が事実上困難であったとしても、請願権(憲法16条)を行使することや議員に対する陳情を行うこと、マスコミに対して投書することなど、在宅投票制度の拡充の必要性を訴えるという政治活動をすることは何ら妨げられていないばかりか」、「現に在宅投票制度の拡充について国会に

において審議が重ねられてきたことに照らしても、現行選挙制度下において、議会制民主主義が機能していないとは到底いえないし、選挙による政治的評価にゆだねることができない事態に立ち至っているともいえない。また、現在の社会が国民の自由な言論が封じられているような状況にあるとも認められない」という。

- 26) 遠藤博也『国家補償法上巻』450頁(1981)。その他、「国会ないし国会議員が違憲の立法をしたり、違憲状態を放置してはならない義務ないし職責を負っていることは当然のことではあるが、それは一般論としては、個別の国民に対して負っているのではなく、言わば国民全体に対して負っているものと考えられるのであって、その義務違背だけでは、故意過失を論ずるまでもなく、個別の国民に対する賠償責任を基礎づけることにはならないのではないか」、「国家責任が生ずるためには、当該の義務ないし職責が個別の国民に対して負っていると見るべき特別の理由のある場合とか、あるいは当該国民の蒙った損害が、通常の違憲立法や不作为による損害とは区別されうべき特殊のものであるとか、特別の要件の存在を必要とするのではないか」(雄川一郎「国家補償総説」現代行政法大系(6)4頁〔1973〕)という類似の立場がある。
- 27) 「立法の違憲状態は、自由な言論、選挙を通じた民意の反映により、法改正という形で是正されるべきが原則というべきであろう。法改正が行われるまでの手当てとしては、憲法は、裁判所に対し違憲審査権を与え、立法、処分等の法的効果を否定するという途を開いているのであるから、国民は、立法、処分等の法的効果を否定するという形で権利救済を求めるべきであろう」(泉徳治・費時38巻4号214頁〔1986、泉裁判官が調査官当時のもの〕)というコメントのほか、林修三・時法1276号62～63頁(1986)参照。
- 28) 野中・前出注1)91頁。同コメントは、「本件訴訟は純粋な損害賠償請求訴訟というよりは、実質的な違憲確認ないし違憲宣言判決を求める訴訟として国家賠償請求訴訟の形態が活用されたものとみることが許されよう」(92頁)、「最高裁判決は、国家賠償法1条の解釈論に終始し、実質的な憲法問題に関してはほぼ門前払いにしてしま」い(88頁)、「下級審判決が今までに積み上げてきた成果を、いつきに根底からくつがえしてしまった」(89頁)、「判決自身が『容易に想定し難いような例外的な場合』と述べているように、これは実際上はほとんど考えられない事態であり、結局、立法行為について国家賠償法1条1項の適用は認められないと判示したに等しい」(91頁)という。
- 29) 長尾一紘・別冊ジュリ155号427頁(2000)。同コメントは、判決が「個々の国会議員の国民総体に対する責任」を問題にしている点について、「ここで問題にされているのは、国会議員総体(ないし機関としての国会そのもの)の個々の国民に対する義務の内容である」と批判し、51条の免責特権の援用については、それは、「個々の国会議員の自由な言論を保障し、その職務の遂行にあたって制約を受けるこ

とのないようにしたものであって、国会の違法行為について国は賠償責任を負わないというような趣旨を含むものとは解されない」と批判する。さらに、「政治的なもの」が性質上法的規制になじまないとする事については、「憲法 81 条は、憲法問題がすべて『政治的なもの』であることを前提に、裁判所に対して、それを『政治的に』ではなく、『法律的に』解決する任務を与えたのである」と批判し、「判決の論旨によれば、立法行為为国賠請求訴訟で争うことは原則的に否認されることになり、国民の裁判を受ける権利（憲法 32 条）の趣旨にも反する」ともいう。

- 30) 棟居・前出注 1) 204 頁。同コメントは、判旨と似かよった前記遠藤説に対して、『長期にわたる統治過程そのものの是非を法的に判定すること』が事実上『極めて困難』なのは当然であるが、このような判断をせまられるのは何も国賠訴訟に限ったことではない。議員定数不均衡を理由とする総選挙無効訴訟につき、最大判昭和 58 年 11 月 7 日は、「正に司法審査を行ないつつ、国会の速やかな対応は困難であり人口もたえず異動することから、改正をなすべき『合理的期間』はなお徒過していない、とした。このような『相当長期にわたる立法過程全体の動き』をにらんだ司法審査も立法不存在の場合には必要となるのであり、また逆に、いくら實際上困難であっても、理論上は『法令審査権があるゆえに当然にこれをなしうるもの』であろう。そうであれば、『長期にわたる立法過程全体の動き』に着目する必要がある点では、国賠法上の違法判断と司法審査とで異なるところはなく、従って右の理由で前者のみを『なしうるものではない』とすることはできないであろう」、「遠藤説は問題を検察国賠訴訟における『職務行為基準説』と『結果違法説』との対立」「になぞらえているようである」が、「検察官の公訴提起が手続の一途上にすぎないのに対して、立法者の立法行為は相当期間経過後の不作为も含めて、憲法訴訟が提起されない限り、いわば立法者の終局的な意思表示であるから、両者で適用される行為規範は構造的に異なる。従って立法内容の違憲即ち国賠法上の違法という、結果違法説的な考えを違法性の認定に際しては採用し、職務行為基準時説的な観点は過失ないし注意義務違反のレベルで取り入れるべきだ、と考えることもできよう」と批判する。204 頁。

- 31) 戸波江二・判例セレクト'86（法教 77 号別冊付録）7 頁（1987）。
 32) 中村睦男・ジュリ 855 号 88 頁（1986）。
 33) 常本照樹・ジュリ臨増 1269 号 25 頁（2004）。
 34) 川崎和代・法セミ 48 巻 7 号 75 頁（2003）。
 35) 只野雅人・法セミ 45 巻 8 号 114 頁（2000）。同コメントは、「本件では、在宅投票廃止とは異なり、在外日本人の投票機会が全く閉ざされていることが問われた。だとすれば、立法の不備や不作为をもち出すまでもなく、端的に、公選法は選挙権を侵害し、あるいは平等原則に反し、違憲であると論じること可能かもしれない。いずれにせよ、在外日本人の投票機会保障は、『選挙の公正かつ能率的執行』に優先

されるべき問題である」という。

- 36) 原田尚彦・ジュリ臨増 910 号 38 頁 (1988)。
- 37) 米沢広一・別冊ジュリ 113 号 233 頁 (1991)。
- 38) 大橋洋一・別冊ジュリ 153 号 241 頁 (2000)。
- 39) 小林武・民商 98 巻 2 号 306 頁 (1988)。本コメントは、内閣が法律案を提出しない不作為について、「60 年最高裁判決の趣旨を推及した本判決の論理は、それ自体は問題のないものと思われる。また、『違法宣言』の請求は、昭和 51 年の定数訴訟大法廷判決の採った事情判決の方法を参考にしたものであるが、国賠訴訟である本件では不適法とされざるをえないであろう」という。306 頁。
- 40) 坂元茂樹・ジュリ臨増 1224 号 305, 306 頁 (2002)。